

الصفة غير العادية وأثارها في رفع الدعوى القضائية

قاعدة : لا تقبل الدعوى القضائية أمام القضاء إلا من صاحب الحق ، أو من ينوب عنه ، وهو مدرج الفقه والقضاء على التعبير عنه بشرط الصفة العادية ، والتي ثبت من يدعى لنفسه حقاً أو مركزاً قانونياً ، الاستثناءات الواردة عليها ، الحلول الإجرائية في رفع الدعوى القضائية .



الدكتور

محمود السيد التحيوي

قسم قانون المرافعات
كلية الحقوق - جامعة المنوفية



٢٠٠٣



دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ ش سوهر - الأزبطة - الإسكندرية

تليفون ٩٩٩٨٦٨

بسم الله الرحمن الرحيم

" وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ولو أنهم
إذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر
لهم الرسول لوجدوا الله توابا رحيما ، فلا وربك
لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا
فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما "

صدق الله العظيم .

سورة النساء ، الآية رقم (٦٤) ، (٦٥) .

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم
والصلاة ، والسلام على سيدنا محمد
وعلى آله ، وصحبه ، وسلم

الحمد لله نستعينه ، ونستهديه ، ونستغفره ، ونتوب إليه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا
، ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله ، فلا مضل له ، ومن يضلل ، فلا هادي له ، ونشهد
أن لا إله إلا الله ، وحده لا شريك له ، ونشهد أن سيدنا محمداً - صلى الله عليه وسلم -
عبده ، ورسوله ، أرسله بين يدي الساعة بشيراً ، ونذيراً ، وداعياً إلى الله بإذنه ،
وسراجاً منيراً ، فهدى به من الضلالة ، وبصر به من العمى ، وأرشد به من الغي ،
وفتح به أعينا عمياً ، وآذانا صماً ، وقلوباً غلفاً ، حيث بلغ - صلى الله عليه وسلم -
الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وجاهد في الله حق جهاده وعبد الله - سبحانه
وعالى - حتى أتاه اليقين ، صلى الله عليه ، وعلى آله ، وسلم تسليماً ، وجزاه عنا
أفضل ما جزى به نبيا عن أمته .

أما بعد . . .

فإن الأصل أن صاحب الحق في الدعوى القضائية هو صاحب الحق الموضوعي ،
فتثبت الصفة العادية في رفع الدعوى القضائية لمن يدعى لنفسه حقاً ، أو مركزاً قانونياً .
غير أن هناك ثمة حالات منح فيها القانون الوضعي الحق في ممارسة الدعوى القضائية
لشخص آخر غير صاحب الحق الموضوعي ، مع احتفاظ صاحب الحق الموضوعي هو
أيضاً بالحق في ممارسة دعواه القضائية . ويقوم غير صاحب الحق الموضوعي بالدفاع
عنه ، بشروط خاصة ، منها : أن هذا الأخير قد أهمل في صيانة حقوقه ، ويتم هذا
الدفاع ليس باعتباره نائباً عن الأصل ، وليس باعتباره ممثلاً له ، ومن أخطه القانون
الوضعي في هذه الأحوال يعتبر مخصصاً باسمه الخاص ، ومترافعاً عن حق غيره . ومع
ذلك ، فهو يعتبر خصماً أصلياً في الدعوى القضائية ، ومدافعاً عن حق غيره ، ومادام هو
كذلك ، فإنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للمخاصمة في الدعوى القضائية . وكذلك
، سائر شروط قبول الدعوى القضائية ، من مصلحة ، وصفة . أما المصلحة ، فتقوم لديه
من صيانة حق غيره ، والذي يحقق بصيانته مصلحة خاصة له ، أو منفعة ذاتية . ويتحقق

فى ذات الوقت الصفة ، والتي تتوافر لدى الخصم المذكور عندئذ بثبوت الصلة الوثيقة القائمة بينه ، وبين صاحب الحق الموضوعى ، والتي تعتبر المبرر القانونى للحلول .
وجميع الحالات التى يظهر فيها المتقاضى كأنه يحل محل غيره ، أو يستخدم مايسميه الفقه : " بالحلول الإجرائى " ماهى إلا حالات يخول فيها القانون الوضعى للشخص صفة إجرائية ، فيتم بها التقاضى لصالح ، ولحساب صاحب الصفة الموضوعية ، والإجرائية الحقيقى ، أى صاحب الحق الموضوعى ، وذلك فى حالات إستثنائية ، ولاعتبارات خاصة ، بقدرها المشرع الوضعى فى كل حالة على حدة .

فإذا كانت الدعوى القضائية لا تقبل - كمقاعدة - أمام القضاء إلا من صاحب الحق ، أو من ينوب عنه ، وهو مابدرج الفقه ، وأحكام القضاء على التعبير عنه بشرط الصفة ، إلا أن هذا الأصل ترد عليه بعض الإستثناءات ، نظمها المشرع الوضعى المصرى ، فتقبل بعض الدعاوى القضائية ، دون أن يكون رافعها هو صاحب الحق المعتدى عليه ، ومن أمثلة ذلك : الدعوى غير المباشرة ، دعاوى النيابة العامة فى بعض الحالات ، دعاوى الحسبة ، ودعاوى النقابات ، والجمعيات .

فبعض الدعاوى القضائية يجوز رفعها رغم أن المصلحة فيها ليست شخصية ، أو غير مباشرة ، أى أن الميزة ، أو المنفعة المطلوبة فى هذه الدعاوى القضائية مقررة لغير المدعى فيها ، أو أنها تعود على المدعى فيها عن طريق الغير . ويعتبر هذا إستثناء يجب أن يستند إلى القانون الوضعى ، مع ملاحظة أن المدعى فى هذه الدعاوى القضائية يقيم الدعاوى القضائية باسمه ، وليس باسم صاحب الحماية القانونية المطلوبة .

فأموال المدين هى الضمان العام للدائنين ، وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان العام ، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون الوضعى ، وقد قرر المشرع الوضعى بعض الوسائل التى من شأنها المحافظة على الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه ، حتى يتم التنفيذ بالفعل ، وهى : الدعوى غير المباشرة ، الدعوى البوليصية ، دعوى الصورية ، الإعسار القانونى ، والحق فى الحبس . فتجيز المادتان (٢٣٥) ، (٢٣٦) من القانون المدنى المصرى لدائن المدين أن يرفع دعوى قضائية للمطالبة بحقوق مدينه ، مع أنه ليست له صفة النيابة عن المدين . فالدعوى غير المباشر هى : الدعوى القضائية التى يرفعها الدائن للمطالبة بحقوق مدينه ، دون أن ينبيه فى ذلك ، فقد فرض المشرع الوضعى المصرى هذه النيابة على المدين فى المادتين (٢٣٥) ، (٢٣٦) من القانون المدنى المصرى ، مراعاة لمصلحة الدائن ضد مدينه ، والذى يقعد - قصداً ، أو إهمالاً - عن المطالبة بحقوقه .

فقد إعتترف المشرع الوضعى المصرى للدائن بالحق فى استعمال حقوق مدينه ، بما فيها رفع الدعاوى القضائية ، للمطالبة بحقوقه لدى الغير - متى توافرت شروطا معينة - محاولة منه فى المحافظة على الضمان العام المقرر له على أموال مدينه ، بالرغم من أنه لا يختص بالحق الذى يطالب بحمايته ، إذا ما حكم له به ، وإنما يدخل فى دمه مدينه ، والذى يجوز للدائن بعد ذلك أن يطالب بالتنفيذ على هذا الحق ، ويدخل شريكا مع غيره من الدائنين الآخرين فى اقتسامه .

ويتحقق الحلول أيضا محل صاحب الحق فى الدعوى القضائية فى دعاوى الشركات التى يرفعها المساهم فرديا . فالأصل أن دعاوى الشركات تقام ممن له صفة فى تمثيلها ، أى الشريك ، أو رئيس مجلس إدارتها ، ولكن إذا تقاعس الشريك صاحب الصفة فى التمثيل ، أو مدير الشركة عن رفع الدعوى القضائية ، فإن بعضا من القوانين الوضعية قد أجازت لأى شريك الحق فى رفع الدعوى القضائية على أعضاء مجلس الإدارة ، وتعتبر هذه حالة من حالات الحلول ، لأن المدعى فيها يستند إلى حق لا يرجع إليه ، بل إلى الشركة ، ولكنه يدعى باسمه الشخصى نيابة عن الشركة ، حيث لاصفة لديه مثلها به .

وللنيابة العامة إختصاصات إدارية مختلفة ، كالإشراف على الأعمال المتعلقة بنقود المحاكم - المادة (٢٨) من قانون السلطة القضائية المصرى " ، وإشرافها على الخزائنه ، ليس من شأنه إضافة ما يودع بها لئمتها . والإشراف على العاملين المكلفين بتحصيل ، وضبط ، وصرف حصيلة الغرامات ، وسائر أنواع الرسوم ، والأمانات ، والودائع " المادة (٢٩) من قانون السلطة القضائية المصرى " . والإشراف على السجون ، والأماكن التى تنفذ فيها الأحكام الجنائية " المادة (٢٧) من قانون السلطة القضائية المصرى " ، بالتفتيش عليها ، والإطلاع على دفاتر السجن ، وأوامر القبض ، والحبس ، والاتصال بأى محبوس ، وسماع شكواه " المادة (٤٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصرى " .

كما أن للنيابة العامة إختصاصات تتعلق برعاية مصالح عديمى الأهلية ، وناقصيها ، والغائبين ، والحمل المستكن ، ولها أيضا دورا فى الإعلان القضائى " المادة (١٣) من قانون المرافعات المصرى " .

وللنيابة العامة إختصاصات تتصل بأعمال القضاء " الإختصاصات القضائية " ، والننى نجد مجالها الأساسى فى المواد الجنائية ، فيثبت لها - دون غيرها - الحق فى رفع الدعوى الجنائية ؛ ومباشرتها ، مالم ينص القانون شوضعى على خلاف ذلك .

كما يكون للنيابة العامة دورا في المواد التأديبية ، فهي تباشر الدعاوى التأديبية التي ينص عليها فى القوانين الوضعية المختلفة ، مثل الدعاوى التأديبية التى ترفع على المحامين ، والسى ترفع على القضاة " المادة (٩٩) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

كما تمارس النيابة العامة دورا محدودا فى المواد المدنية ، وذلك فى صورتين أساسيتين ، فهى قد تمارسه باعتبارها طرفا أصليا ، وقد تمارسه باعتبارها عضوا مت دخلا ، أو طرفا منضما " المادة (٩٥) من قانون المرافعات المصرى " .

ولا يقتصر القانون الوضعى على حماية المصالح الفردية ، والخاصة ، بل إنه يحمى المصالح الجماعية أيضا ، ويقصد بالمصلحة الجماعية *Interet collectif* : المصلحة المشتركة لمجموعة من الأفراد ، تجمعهم مهنة معينة - كمهنة الطب ، أو المحاماة - أو يستهدفون غرضا معينا - كالدفاع عن حقوق المرأة ، أو الرفق بالحيوان ، وليست المصلحة الجماعية عبارة عن مجموع المصالح الفردية للأفراد ، وإنما هى مصلحة مشتركة متميزة ، ومستقلة عن هذه المصالح ، وتعلو عليها ، ومثالها : مصلحة المهنة ، أو الجماعة .

وإذا كان القانون الوضعى يخول للأفراد الذين تجمعهم مهنة معينة ، أو حرفة محددة تكوين نقابة تضمهم ، للدفاع عن مصالحهم المشتركة ، فكان لابد أن يعترف بحماية هذه المصالح الجماعية ، وكان عليه أن يعترف للشخص القانونى الذى رخص بإنشائه الصفة فى رفع الدعوى القضائية ، وذلك دفاعا عن المصلحة الجماعية التى قام من أجلها . وإذا كانت القاعدة هى الاعتراف بالصفة فى الدعوى القضائية لصاحب الحق ، فإن هذا يسهل تحديده بالنسبة للحقوق الفردية ، والتى تقوم على حماية مصالح فردية ، إذ أن صاحب الحق هو الفرد الذى يحمى الحق مصلحته - كالمالك ، أو الدائن ، أما بالنسبة للمصالح الجماعية ، فلا يوجد فردا ، أو أفرادا معينين هم أصحاب هذه المصالح . ولذا ، تسند الصفة فى الدعوى القضائية بالنسبة لهذه المصالح إلى شخصية جماعية . وهكذا ، ظهرت فكرة دعاوى النقابات . فإذا حدث اعتداء على مصلحة جماعية ، فإن الصفة فى الدعوى القضائية تثبت عندئذ للهيئة التى كلفها القانون الوضعى بالدفاع عن هذه المصالح .

والأصل أنه لا يجوز للجمعية أن ترفع الدعوى القضائية للدفاع عن حق خاص بأحد أعضائها ، إذ لصفة لها فى ذلك . فلا يكون للجمعيات صفة فى الدعاوى القضائية التى تقيمها دفاعا عن أعضائها ، ومرجع هذا ، أنها لا تمثلهم . كما أن القانون الوضعى

لا يمنحها سلطة إقامة مثل هذه الدعاوى القضائية . فليس للجمعية سوى التدخل إنضماميا في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها إلى جانب أحد الأعضاء فيها ، بهدف مساعدته ، والإعتراف له بالحق الذي ينازعه فيه الغير . أو يطالب هو به .

تقسيم الدراسة :

لقد سلكت في هذه الدراسة مسلكا يتفق وتحقيق الغاية المرجوة منها ، فقد قسمتها إلى بابين اثنين ، وذلك على النحو التالي :

السباب الأول : قاعدة : " لا تقبل الدعوى القضائية أمام القضاء إلا من صاحب الحق ، أو من ينوب عنه ، وهو مدرج الفقه ، والقضاء على التعبير عنه بشرط الصفة العادية ، والتي تثبت لمن يدعى لنفسه حقا ، أو مركزا قانونيا "

والسباب الثاني : الاستثناءات الواردة على قاعدة : " لا تقبل الدعوى القضائية أمام القضاء إلا من صاحب الحق ، أو من ينوب عنه ، وهو مدرج الفقه ، والقضاء على التعبير عنه بشرط الصفة العادية التي تثبت لمن يدعى لنفسه حقا ، أو مركزا قانونيا "

" قبول بعض الدعاوى القضائية من شخص ، أو هيئة باسمه - في حالات محددة - دون أن يكون رافعها هو صاحب الحق المعتدى عليه ، أي بالرغم من أنه لا يطالب بحق لنفسه ، وإنما لغيره ، دون أن يكون ممثلا قانونيا له " الصفة غير العادية " الصفة الاستثنائية " " الحلول الإجرائي " - حسب تعبير الفقه الإيطالي - في رفع الدعوى القضائية .

وفي ختام هذه المقدمة ، فإنني أتوجه بالشكر لله - سبحانه ، وتعالى - أن أعانني على إتمام هذه الدراسة ، وأدعوه أن يجعلها من العلم الذي ينتفع به ، وأن يجعلها في ميزان حسناتي .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المؤلف . . .

الباب الأول

قاعدة : " لاتقبل الدعوى القضائية أمام القضاء إلا من صاحب الحق ، أو من ينوب عنه ، وهو مادرج الفقه ، والقضاء على التعبير عنه بشرط الصفة العادية ، والتي تثبت لمن يدعى لنفسه حقا ، أو مركزا قانونيا " (١)

تمهيد ، وتقسيم :

الصفة في الدعوى القضائية هي التي تحدد أطرافها ، وهم من يستفيدون من الحقوق ، ويحملون بالواجبات التي تترتبها الخصومة القضائية الناشئة عنها ، فتمثل الصفة الجانب الشخصي في الدعوى القضائية (٢) .

ولايمنع رفع الدعوى القضائية من غير صاحب الحق -سحبه من التنازل عنه في أى وقت ، فإذا حدث وتنازل فعلا ، فإن وقت القضاء ، وجهده يكون قد ذهب سدى ، علاوة على تكبد النفقات بدون مبرر .

وإذا رفع المدعى الدعوى القضائية دون أن تكون له صفة في رفعها ، إلا أنه اكتسب الصفة أثناء نظرها ، فإنه يترتب على ذلك زوال العيب ، وتنتج مصلحة المدعى عليه في التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى القضائية (٣) .

١ - من أحكام القضاء في موضوع الصفة ، أنظر : نبيل إسماعيل عمر : الوسيط في قانون المرافعات لمدنية ، والتجارية - الإختصاص - الدعوى - الخصومة - الأحكام ، وطرق الطعن فيها ، طبقا لأحكام لفقه ، والقضاء ، ص ٣٢١ ، ومابعدها .

٢ - أنظر : فنيان ، جنتار : المرجع السابق ، بند ٢٣ ، ص ٤٥ ، محمود محمد ماسم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩٠ / ١٩٩١ - ص ٤٤ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - ص ١٤٦ ، وجدى راغب فهمي - الخصومة - ص ١١٨ .

(٣) أنظر : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٥ .

وطبقا لمبدأ نسبية الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى القضائية ، فإن الحكم القضائي الصادر في دعوى قضائية رفعها غير صاحب الحق لا تثبت لأحد حقا ، ولا على أحد إلزاما (١) .

ويتعين أن يتوافر لرافع الدعوى القضائية المستعجلة صفة في رفعها ، إلا أن القاضي المستعجل في بحثه لتوافر الصفة ، والمصلحة في الدعوى القضائية يتحسسها من ظاهر الأوراق ، دون تعمق ، وبغير مساس بأصل الحق (٢) .

ويجوز أن يكون السند الذي يعتمد عليه الخصم في الدعوى القضائية في ثبوت صفته أمام محكمة الاستئناف مغايرا لسنده أمام محكمة أول درجة ، لأنه يجوز التمسك بسبب جديد أمام محكمة الاستئناف . مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله ، عملا بالمادة (٣/٢٣٥) من قانون المرافعات المصري (٣) .

واستخلاص توافر الصفة لدى الخصوم هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى القضائية ، وهو مما يستقل به قاضي الموضوع (٤) .

(١) أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٧ - في الطعن رقم (١٥) - لسنة (٣٦) في - السنة (١٩) - ص ١٤١٦ ، مشار هذا الحكم لدى : محمد محمود إبراهيم - الوجيز - ص ٦٥١ .

(٢) أنظر : عز الدين الدناصورى : حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٣ .

(٣) أنظر : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - المرجع السابق - ١٩٨١ - ص ١٥ .

٤ : أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٨٩/٣/٥ - في الطعن رقم (١٢٢٣) - لسنة (٥٢) قضائية ، ١٩٨٩/٢/٢٧ - في الطعن رقم (١٥٧٨) - لسنة (٥٢) قضائية ، ١٩٨٨/٤/٢٧ - في الطعن رقم (١٠٨) - لسنة (٥١) قضائية ، ١٩٨٧/١/٨ ، الطعن رقم : ١٥٦٠ ، لسنة (٤٩) ق ، ١٩٨٧/٦/٢٥ - في الطعن رقم (١٠٦٩) - لسنة (٥٦) قضائية - ٣٨ - ٨٦٠ ، ١٩٨٥/٢/٢٧ - في الطعن رقم (٣٤) - السنة (٥١) قضائية - ٣٦ - ٣١٤ ، ١٩٨٣/١٢/٢٨ - في الطعن رقم (١٨٠٢) - لسنة (٤٩) قضائية ، ١٩٨٣/١٠/٢٦ - في الطعن رقم (١٨٧٥) - لسنة (٤٩) قضائية ، ١٩٨٣/٤/٢٤ - في الطعن رقم (١٥١٠) - لسنة (٤٩) قضائية ، ١٩٧٩/٥/٧ - ٣٠ - العدد الثاني - ٢٩٧ ، ١٩٧٦/٣/٣ - ٢٧ - ٥٥٦ ، ١٩٧٣/١/٢٥ - ٢٤ - ١٠٨ -

وإذا قضت محكمة الإستئناف ببطالان حكم أول درجة ، لصدوره على غير ذى صفة ، فإنه يتعين عليها المضى فى نظر الدعوى القضائية قبل صاحب الصفة الحقيقى ، دون إعادتها للمحكمة الابتدائية ، لاستنفاد ولايتها فيها (١) .
وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الباب إلى فصلين اثنين ، وذلك على النحو التالى :

الفصل الأول - تعريف الدعوى القضائية .

والفصل الثانى :- شروط قبول الدعوى القضائية .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

(١) أنظر : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - الإشارة المقدمة

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/٥/٢٧ - السنة (٢٢) - ص ٧٠٢ ، ١/٧ /
١٩٧٠ - السنة (٢١) - ص ١٨

الفصل الأول

تعريف الدعوى القضائية (١)

الدعوى القضائية هي وسيلة من الوسائل القانونية لحماية الحق ، ولكنها أهم ، وأكثر تلك الوسائل في حماية حقوق الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، لما لها من طابع عام ، فكل الأفراد ، والجماعات داخل الدولة أن يلجأوا إليها ، في جميع الحالات التي يعتدى على حقوقهم ، بالإضافة إلى الضمانات التي أحاط بها المشرع الوضعي إستعمالها .

ورغم أهمية الدعوى القضائية ، إلا أن المشرع الوضعي لم يعرفها ، وينظم شروط قبولها ، وأنواعها . لذا ، كانت تلك المسائل محلًا لاختلاف الفقه ، والقضاء ، فلم يأت قانون المرافعات المصري بتعريف للدعوى القضائية ، مما أدى بالفقه إلى محاولة القيام بهذه المهمة . ومن الفقه من عرف الدعوى القضائية بأنها : " سلطة الإلتجاء إلى القضاء ، للحصول على تقرير حق ، أو حمايته " . ومنهم من عرفها بأنها : " سلطة الإلتجاء إلى القضاء ، بقصد الوصول إلى احترام القانون " ، فالدعوى القضائية هي مجرد وسيلة ، أو أداة قانونية حددها القانون الوضعي للأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، لحماية حقوقهم ، أو الدفاع عن القانون الوضعي ذاته ، كما أنها مجرد رخصة ، أو حقا ، وليست واجبا ، فالشخص يكون حرا في استعمالها ، أو عدم استعمالها ، لأن الحق الموضوعي الذي تحميه الدعوى القضائية لصاحبه أن يستعمله ، أو لا يستعمله ، فكيف يجبر على استخدام الأداة ، أو الوسيلة التي تحمي حقه .

ومن الفقه من عرف الدعوى القضائية بأنها : " الحق الموضوعي ذاته " ، فهما شيئا واحدا . فالحق الموضوعي طالما لم يعتد عليه ، يظل هادئا مستقرا ، فإذا ما وقع اعتداء

١ - في تعريف الدعوى القضائية ، وبيان عناصرها ، أنظر : وجدي راغب فهمي ، أحمد ماهر زغلول - دروس في المرافعات وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، وتعديلاتها المستحدثة - الكتاب الثاني - قواعد مباشرة النشاط القضائي " مبادئ الخصومة المدنية " - ص ٩٠ ، وما بعدها ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - النقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩٠/١٩٩١ ، عاشور مبروك - الوسيط - الكتاب الأول - ص ٤٦٧ ، وما بعدها

وفي التعريفات المختلفة للدعوى في الفقه الإسلامي ، أنظر . محمد نعيم ياسين - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية ، وقانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - الجزء الأول - ص ٩٦ - ١٠١ .

عليه ، فإنه يتحرك في شكل دعوى قضائية ، ترفع إلى القضاء ، لحسم النزاع الواقع عليه . والحق الموضوعي ، والدعوى القضائية يولدان معا ، ويبقى أحدهما ، طالما بقي الآخر ، وموضوع الدعوى القضائية هو موضوع الحق الموضوعي ذاته ^(١) .

ويمكن إنتقاد تعريف الدعوى القضائية بأنها : " الحق الموضوعي ذاته " على أساس أن موضوع الحق الموضوعي يختلف عن موضوع الدعوى القضائية ، فالحق الشخصي يولد رابطة إقتضاء بين الدائن ، والمدين ، والحق العيني يولد رابطة تصرف بين صاحب الحق ، ومحلّه . وموضوع الدعوى القضائية هو مجرد الحصول على الحماية القضائية للحق المتنازع عليه . كما أن سبب الحق هو الواقعة المولدة له ، أما سبب الدعوى القضائية ، فهو النزاع الواقع على الحق ذاته .

وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الدعوى القضائية ، وإن لم تكن هي الحق ذاته ، فإنها هي عنصر الحماية القانونية فيه ، لأن الحق لا يكتمل وجوده إلا بوجود سلطة الإلتجاء إلى القضاء ، لحماية المنفعة التي يخولها الحق لصاحبه ، ولا يتصور وجود دعوى قضائية دون أن تستند على حق ، ولا يوجد حقا من الحقوق ، دون أن تحميه دعوى قضائية .

وقد عرف جانب آخر من الفقه الدعوى القضائية بأنها : " سلطة عامة ، بمقتضاها يلجأ الفرد إلى القضاء " ، وهي تعتبر حقا دائما من الحقوق العامة الموضوعية ، والتي لا يمكن التنازل عنها ، ولا تتأثر بطبيعة الحق المتنازع عليه ، ولا يمكن إعتبارها حقا شخصيا ، وهي تباشر عن طريق المطالبة القضائية ، والتي تعتبر عملا شرطيا لمباشرة الدولة لولايتها القضائية .

ويعيب تعريف الدعوى القضائية بأنها : " سلطة عامة ، بمقتضاها يلجأ الفرد إلى القضاء " أنه يفصل تماما بين الدعوى القضائية ، والحق الذي تحميه ، رغم قيام صلات قوية بينهما ، كما أنه يخلط بين الحق في الدعوى القضائية ، والحق في الإلتجاء إلى القضاء ، والذي يمنح للكافة ، ولا يشترط في صاحبه أن يكون صاحب حق موضوعي . وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الدعوى القضائية هي : " حقا إجرائيا يثبت للمدعى في مواجهة المدعى عليه ، ويجد مصدره في القانون الإجرائي " ، ويكون المدعى عليه طرفا سلبيا ، لا يلزم بأداء شيء إزاء هذا الحق ، وإنما يكون في حالة خضوع للأثار

(١) أنظر : عبد الحميد أبو هيف - المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٢١ - ط ٢ - بند ٣٩٥ ،

ومنايله ، محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٤٠ بند ٣٢٨ ، ص ٣٥٥ .

القانونية التي يربتها هذا الحق . وعلى ذلك ، فحق الدعوى القضائية يكون من الحقوق المنشئة ، أو الحقوق الإرادية ، والتي تخول لصاحبها إحداث آثار قانونية بمحض إرادته ، مادام أن هذا يوافق إرادة القانون الوضعي .

بينما ذهب جانب آخر من الفقه - وبحق - إلى أن الدعوى القضائية هي : " الوسيلة التي خولها القانون صاحب الحق قسراً الإلتجاء إلى القضاء ، لتقرير حقه ، أو حمايته " (١) . فإذا كان الحق الإجرائي هو عبارة عن سلطة ، أو مكنة ، أو قدرة يمنحها القانون الوضعي - بطريق مباشر ، أو غير مباشر - لشخص معين ، لحماية حقه ، أو الحفاظ عليه ، وهذا الحق يجب إستعماله في الشكل الذي حدده القانون الوضعي - والذي قد يكون بيانات معينة ، أو مناسبة معينة - ويثبت لشخص في مواجهة شخص آخر ، دون أن يلتزم هذا الأخير بأى التزام في مواجهة صاحب الحق ، بل يكون في مركز خضوع ، وتحمل لكل الآثار القانونية الناجمة عن استعماله ، كما لا يستطيع أن يمنع صاحب الحق من استعماله ، فإن الحق في الدعوى القضائية هو حق إجرائي مستقلاً عن الحق الموضوعي ، والذي وجدت الدعوى القضائية لحمايته .

وقد يكون الحق الموضوعي حقاً شخصياً - كحق الدائنية - أو حقاً عينياً - كحق الملكية - أو حقاً معنوياً - كحق الملكية الأدبية ، والفنية - أو غير ذلك من الحقوق ، والتي لم يستقر الفقه على وضع تكييف قانوني لها - كالحق في الحياة ، والحق في التمتع بالجمال ، وغيرها .

ويتولد الحق من القانون الوضعي ، ويتضمن عنصرين - أيما كان نوعه - عنصر المنفعة ، أو الميزة التي يخولها لصاحبه ، وعنصر الحماية القانونية ، والتي تكفل لصاحب الحق التمتع بحقه . ويتمثل المنفعة ، أو الميزة التي يخولها الحق لصاحبه في ملطمة الإنتفاع ، والإستعمال ، والتصرف فيه على وجه الإنفراد ، أما حماية القانون الوضعي لهذه الميزة ، فإنها تكون عنصراً من العناصر المكونة له ، وتعني إلزام كل من يتعرض لصاحب الحق بالكف عن التعرض ، وتعويض الأضرار المتولدة عن هذا التعرض ، وإعادة الحال إلى ماكان عليه ، هذه الحماية القانونية هي التي تنشئ الحق في الدعوى القضائية ، فيكون لصاحب الحق الموضوعي - عند نشأة هذا الحق الأخير - أن يعرض الأمر على

(١) أنظر : رمزي سيف - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٦٩ - ص ١٠١ ، عبد النعم الشراوى - شرح المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٥٦ - بند ٢١ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٧٠ - بند ٩١ .

القضاء ، مطالباً بالحماية القضائية لحقه ، وهذه الحماية القضائية للحق تؤدي إلى تحقيق الحماية القانونية له ، والتي كانت قائمة ، وموجودة من قبل ، في ذات القاعدة القانونية المنشئة للحق الموضوعي ، وتظل في حالة سكون ، طالما لا يتعرض صاحب الحق لأي اعتداء يقع عليه ، فإذا ما اعتدى على حقه ، فإن هناك إلزاماً يقع على عاتق المعتدى بتعويض الضرر الناشئ عن هذا الإعتداء ، يكون مصدره الحماية القانونية للحق ، والتي توجد في القاعدة القانونية المولدة له ، وهذه الحماية القانونية للحق دون الإلتجاء إلى القضاء تكون غير فعالة ، لأنها تعتمد على سلوك إيجابي إختياري ، صادراً من محدث الضرر . هذا السلوك يتمثل في قيام المعتدى بدفع التعويض ، أو إعادة الحال إلى ماكان عليه فوراً ، بإرادته الحرة المختارة ، ولكن ذلك لا يحدث في معظم الأحوال . وعندئذ ، لايجد صاحب الحق أمامه سوى الإلتجاء إلى القضاء بوسيلة الدعوى القضائية ، وهو إذ يفعل ذلك ، فإنه يطلب من القضاء منحه الحماية القضائية لحقه الذي اعتدى عليه ، ويتم ذلك عن طريق حقه في الدعوى القضائية ، فإذا ما صدر الحكم القضائي لصالحه ، فإنه يمكن تنفيذه جبراً ، وإكراه محدث الضرر على دفع التعويض ، عن طريق تنفيذ الحكم القضائي الصادر ضده . وعندئذ ، تكون الحماية القضائية قد عملت على منح الفعالية للحماية القانونية المكونة للعنصر الثاني من عناصر الحق الموضوعي .

فالدعوى القضائية هي حقاً إجرائياً يجد مصدره في قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، ويكون هذا الحق تحت تصرف صاحب الحق الموضوعي الذي اعتدى عليه ، أو يتعرض لخطر الإعتداء عليه ، وتتحرك هذه الدعوى القضائية عندما يثبت لصاحب الحق الموضوعي عدم فعالية الحماية القانونية ، أي عدم قدرة هذه الحماية وحدها على الحفاظ على حقه ، أو على تعويضه عن الأضرار التي أصابت حقه ، فيلجأ إلى القضاء ، مطالباً بالحماية القضائية ، في صورة حكم قضائي يصدر ، يعزز الحماية القانونية لهذا الحق ، ويؤدي إلى جعلها فعالة .

والحق في الدعوى القضائية هو حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعي ، يوجد إلى جانبه دائماً ، لتعزيز الحماية القانونية الموجودة به ، وهو حقاً إجرائياً يخول لصاحبه سلطة الإدعاء أمام القضاء ، دون أن يملك الخصم الآخر سلطة منع صاحب الحق من استعمال حقه ، وأثناء سير الخصومة القضائية أمام القضاء ، فإننا نكون إزاء ادعاءات صادرة من الخصوم ، ولانعرف أيهما يكون صاحب الحق الموضوعي ، إلى أن يصدر الحكم القضائي الموضوعي ، حاسماً للنزاع نهائياً ، فيعرف عندئذ من هو صاحب الحق الموضوعي ، ومن هو صاحب الحق الإجرائي .

ويختلف الحق في الدعوى القضائية عن الحق في الإلتجاء إلى القضاء ، فهذا الحق الأخير هو أحد الحقوق العامة التي يكفلها الدستور لكل الأشخاص القانونية ، ومعناه : أن باب القضاء يكون مفتوحاً لأي شخص يريد أن يطرح عليه إدعاء - سواء كان هذا الشخص صاحب حق ، أو ليس صاحب حق - ويتم الإلتجاء إلى القضاء عن طريق استعمال الدعوى القضائية . فالدعوى القضائية هي وسيلة إستعمال الحق في الإلتجاء إلى القضاء . ولا يشترط للإلتجاء إلى القضاء أن يكون الشخص صاحب حق ، لأن ذلك لن يتأكد إلا بعد صدور الحكم القضائي في الدعوى القضائية . فإذا لم يكن الشخص صاحب حق ، فإنه يكون قد استعمل حقه في الإلتجاء إلى القضاء .

والخصومة القضائية هي الوسط الإجرائي الذي يعيش فيه مشروع الحكم القضائي المزمع إصداره ، وتتشأ من ممارسة الحق في الدعوى القضائية ، وهذه الممارسة عبارة عن قيام الخصوم بالعديد من الأعمال الإجرائية اللازمة لرفع الدعوى القضائية ، والسير فيها ، إلى أن يصدر حكماً في موضوعها ، أو حكماً قضائياً ينهي الخصومة القضائية ، دون صدور حكم قضائي في الموضوع .

والعمل الإجرائي هو عملاً قانونياً - أي نشاطاً يقوم به الخصوم - ومجموع الأعمال الإجرائية الصادرة من الخصوم ، ومعاونيهم ، ومن القاضي ، ومعاونيه يكون كتلة من الأعمال تسمى : " خصومة " ، هذه الخصومة تتولد عن استعمال الدعوى القضائية ، وقبل استعمالها لا توجد .

وليست الخصومة القضائية حقاً إجرائياً ، وإنما هي وسطاً إجرائياً تعيش فيه الإدعاءات ، أعمال الإثبات .

وإذا زالت الدعوى القضائية ، فإن الخصومة القضائية تزول بالتبعية لذلك . وقد تزول الخصومة القضائية في بعض الأحيان ، دون أن يزول الحق في الدعوى القضائية . وعندئذ ، يمكن رفع الدعوى القضائية من جديد ، وتوليد خصومة قضائية جديدة . وقد تبطل ، أو تزول بعض الأعمال المكونة للخصومة القضائية . ورغم ذلك ، تظل قائمة . والدعوى القضائية هي حقاً إجرائياً ، ولهذا الحق محلاً مادياً يرد عليه ، هذا المحل وسيلة إستعمال الحق في الدعوى القضائية ، وهذا المحل المادى هو المطالبة القضائية ، أي تقديم طلباً قضائياً إلى المحكمة ، به بيانات معينة ، تتعلق بتاريخ المطالبة ، وأسماء الخصوم ، ومواطنهم ، وبياناً بموضوع النزاع ، والمطلوب من القاضي الفصل فيه . فالطلب القضائي يكون محرراً مكتوباً ، يتقدم به المدعى إلى المحكمة ، والبيانات الواردة به تسمى " الإدعاء " ، والإدعاء يتكون من موضوع ، سبب ، وأشخاص .

فالدعوى القضائية هي عبارة عن حق إجرائي . أما المطالبة القضائية - بماتحملة من ادعاء - فإنها تكون أداة إجرائية لاستعمال هذا الحق .

ومن الممكن أن ينتهي الطلب القضائي ، ويزول الإدعاء ، مع بقاء الحق في الدعوى القضائية - كالحالة التي يحكم فيها بسقوط المطالبة القضائية ، أو تقادمها ، أو بطلانها ، أو اعتبارها كأن لم تكن - فالذي يزول عندئذ هو أداة استعمال الحق في الدعوى القضائية . أما الحق الأخير ، فإنه يظل قائما ، ويمكن إعادة إستعماله ، عن طريق رفع مطالبة جديدة .

ومن الممكن أن تتعدد المطالبات المتولدة عن ذات الدعوى القضائية . ولكل حق موضوعي دعوى قضائية تحميه ، هذه الدعوى القضائية تستجيب لعنصر الحماية القانونية الموجود في القاعدة القانونية ، والتي تولد الحق الموضوعي ، وتهدف الدعوى القضائية إلى الحصول على الحماية القضائية ، والتي تؤدي إلى تحقيق فعالية الحماية القانونية الموجودة كعنصر من عناصر نشأة الحق الموضوعي .

وإذا زال الحق الموضوعي ، فإن الدعوى القضائية التي تحميه تزول هي الأخرى . وإستعمال الحق في الدعوى القضائية هو أمرا إختياريا ، لا إلزاميا . فلصاحب الحق في الدعوى القضائية الحرية المطلقة في أن يلجأ إلى القضاء ، لحماية حقه ، أو لا يلجأ إليه ، ويسكت عن الإعتداء الواقع على حقه .

ويجوز أن ينتقل الحق في الدعوى القضائية إلى الغير ، لأن الدعوى القضائية غالبا ما تهدف إلى المطالبة بحقوق مالية . لذلك ، فإنه يمكن إنتقالها مع انتقال هذه الحقوق إلى الغير ، عن طريق الحوالة ، أو الإرث .

وإذا كانت الدعوى القضائية تهدف إلى حماية حقوق صاحبها الشخصية - كدعوى الطلاق ، التنفقه ، والإرث - فإنها تكون غير قابلة للإنتقال إلى الغير .

وهناك بعضا من الدعاوى القضائية المتعلقة بالحقوق المالية . ومع ذلك ، لا تقبل الإنتقال إلى الغير ، إلا إذا كان صاحبها قد قام برفعها إلى القضاء بالفعل ، كدعاوى التعويض عن الضرر الأدبي ، لأنها في هذه الحالة تمثل بالنسبة للورثة قيمة مالية داخل التركة

وبما أن الحقوق تنقسم - وبحسب طبيعتها - إلى حقوق عينية ، وحقوق شخصية ، فإن الدعاوى القضائية التي تحميها تكون إما دعاوى عينية ، أو دعاوى شخصية ، والأولى ، تحمي حقا عينيا ، والثانية ، تحمي حقا شخصا . وتقوم التفرقة بين الحق العيني ، والحق الشخصي على أساس أن الحق العيني يخول لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء معين

، فى حين أن الحق الشخصى يخلو لصاحبه الحق فى مطالبة شخص آخر بأداء معين ، بناء على ما يوجد بينهما من رابطة قانونية .

ولا تقسم الدعاوى القضائية الشخصية إلا على الطرف السلبى - أى المحمل بالحق الشخصى ، أو من يحل محله فى الإلتزام به . فالدعوى الشخصية لا توجد إلا لمن يدعى حقاً شخصياً ، أو لخلفه العام . وبالتالي ، لا تنتقل الدعوى القضائية مع الشئ موضوع الحق ، إلا إذا اعتبرت من ملحقات الشئ . فعندئذ ، تنتقل إلى الخلف الخاص .

ويكون الحق العينى مقررًا لصاحبه على عين بذاتها ، فهو فى يد أى شخص تؤول إليه حيازتها ، وترفع الدعوى القضائية العينية ممن يدعى هذا الحق العينى ، على الشخص الذى يتصادف أن تكون العين تحت يده ، ويقال فى هذه الحالة أن الدعوى القضائية تتبع العين .

وإلى جانب الدعاوى الشخصية ، والدعاوى العينية ، فإنه توجد الدعاوى المختلطة ، وهى نوعين :

النوع الأول - الدعاوى القضائية التى تهدف إلى تنفيذ عقد ، أو تصرف قانونى ، أنشأ ، أو نقل حقاً عينياً عقارياً على عقار ، وأنشأ فى ذات الوقت إلتزاماً شخصياً : ومثال ذلك : الدعوى القضائية التى يرفعها مشتري عقار بعقد مسجل على البائع له ، هذه الدعوى القضائية تستند إلى حق شخصى ، بمقتضاه يلتزم البائع بتسليم العقار المبيع إلى المشتري ، كما تستند إلى حق عينى ، وهو ملكية العقار .

والنوع الثانى - الدعاوى القضائية التى ترمى إلى فسخ ، أو إبطال تصرف قانونى ، ناقلاً ، أو منشئاً لحق عينى على عقار :

ومثال ذلك : الدعوى القضائية التى يرفعها بائع العقار على المشتري ، بطلب فسخ عقد البيع ، واسترداد العقار ، فهذه الدعوى القضائية تستند فى الواقع إلى حق الفسخ ، أو الإبطال ، وهو حقاً شخصياً ، كما تستند إلى حق الملكية ، وهو حقاً عينياً ، يسمح للبائع باسترداد العقار .

وبالنظر إلى محل الحق المتنازع عليه ، فإنه يمكن تقسيم الدعاوى القضائية إلى دعاوى منقولة ، إذا ورد الحق المتنازع عليه على مال منقول ، ودعاوى عقارية ، إذا ورد الحق المتنازع عليه على عقار - سواء كان عقاراً بطبيعته ، أم عقاراً بالتخصيص .

ومن الممكن أن يتداخل التقسيم القائم على محل الحق مع تقسيم الدعاوى القضائية القائم على طبيعة الحق . وبالتالي ، يصير لدينا العديد من تقسيمات الدعاوى القضائية ، ومثال ذلك : الدعوى العينية العقارية : وهى الدعوى القضائية التى يرفعها صاحب الحق العينى

الوارد على عقار ، لحماية حقه ، ومثال ذلك : دعوى الملكية ، دعوى الإرتفاق ، دعوى الإنتفاع ، ودعاوى الحيازة .

والدعوى العينية المنقولة : وهى الدعوى القضائية التى يرفعها صاحب الحق العيني

الوارد على منقول ، ومثال ذلك : دعوى استرداد المنقول .

والدعوى الشخصية العقارية : وهى الدعوى القضائية التى تستند إلى حق شخصى ، ويكون محل هذا الحق عقارا ، ومثالها : دعوى صحة ، ونفاذ عقد البيع الوارد على عقار ، وهى دعوى قضائية يرفعها المشتري بعقد غير مسجل ، ويطلب فيها الحكم على السبائع بصحة التعاقد ، واعتبار الحكم القضائى الصادر فيها نافذا للملكية ، من تاريخ تسجيل صحيفة إفتتاح الدعوى القضائية .

والدعوى الشخصية المنقولة : وهى الدعوى القضائية التى يدعى فيها المدعى حقا شخصيا يرد على منقول ، ومثال ذلك : الدعوى القضائية التى يرفعها المستأجر بطلب تسليمه العين محل العقد ، للإنتفاع بها ، أو الدعوى القضائية التى يطالب فيها المدعى بمبلغ من النقود .

وتعود أهمية التقسيم المتقدم ذكره إلى تحديد المحكمة المختصة محلها بنظر الدعوى القضائية . فالدعاوى العينية العقارية - فى القانون الوضعى المصرى - تختص بنظرها، المحكمة التى يقع فى دائرتها موقع العقار موضوع النزاع " المادة (١/٥٠) من قانون المرافعات المصرى " ^١ .

^١ - يقصد بالدعاوى العينية العقارية : الدعاوى القضائية التى يطالب فيها المدعى بحق عيني - كحق الملكية ، أو الإنتفاع ، أو الإرتفاق - وأن ترد هذه المطالبة على عقار . وتنص المادة (١/٥٠) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" فى الدعاوى العينية العقارية ودعاوى الحيازة يكون الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعا فى دوائر محاكم متعددة " .

ومفاد النص المتقدم ، أن الإختصاص القضائى اعلى بنظر الدعاوى العينية العقارية ، ودعاوى الحيازة ،

يكون لمحكمة موقع العقار - سواء كان العقار موضوع النزاع مفروضا عليه ضريبة ، أم لا - وإذا وقع

العقار في دائرة أكثر من محكمة ، فإن الاختصاص القضائي اخلى بنظر الدعوى العينية العقارية ، ودعوى الحيازة ، يكون لأى منها - سواء كانت المحكمة التى يقع فى دائرتها الجزء الأكبر قيمة ، أو مساحة من العقار ، أو جزئه الأصغر قيمة ، أو مساحة - فإذا تعلقت الدعوى القضائية المراد رفعها بعقار تزد أجزاءه فى دوائر محاكم متعددة ، كانت المحكمة المختصة محليا بنظرها هى المحكمة التى يقع فى دائرتها أى جزء من أجزاء العقار إن تعددت - أيا كانت مساحته ، أو قيمته .

ويشترط لاختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها موقع العقار ، أو أحد أجزائه إن تعددت - أيا كانت مساحته ، أو قيمته - بالدعوى العينية العقارية المتعلقة به أن تكون هذه الدعوى القضائية دعوى عينية عقارية ، أى مستقلة بحق عيني على عقار - بقريره ، أو نفيه - سواء كان حقا عينيا أصليا - كحق الملكية ، أو حق الارتفاق ، أو حق الإنتفاع - أو كان حقا عينيا تبعيا - كحق الرهن الرسمى ، أو الحيازة ، أو حق الإختصاص . وعليه ، فلا تخضع لقاعدة : " الإختصاص القضائي اخلى بنظر الدعوى العينية العقارية ، يكون لمحكمة موقع العقار ، أو أحد أجزائه إن تعددت - أيا كانت مساحته ، أو قيمته " الدعوى القضائية المتعلقة بعقار ، إذا لم يكن موضوعها حقا عينيا عليه ، ومثال ذلك : الدعوى القضائية المرفوعة للمطالبة بأجرة العقار ، أو بطلان ، أو فسخ عقد بيع العقار ، إلا إذا اقترنت هذه الدعوى القضائية بطلب استرداد العقار .

ومضى قاعدة : " الإختصاص القضائي اخلى بنظر الدعوى العينية العقارية ، ودعوى الحيازة يكون لمحكمة موقع العقار ، أو أحد أجزائه إن تعددت - أيا كانت مساحته ، أو قيمته " ، هو حسن سر العدالة ، لأن منحصر الدعوى المتعلقة بالمعارات ، وتحقيقها ، وما تستلزمه من المعاينات بواسطة المحكمة المختصة بنظرها ، أو من تنديه من الخبراء يكون أيسر نفقة ، وأقل مشقة أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار منه أمام أية محكمة أخرى ، حيث تتركز وسائل الإثبات المتعلقة بالدعوى العينية العقارية ، ودعوى الحيازة فى هذا المكان ، فتكون محكمة موقع العقار ، أو أحد أجزائه إن تعددت - أيا كانت قيمته ، أو مساحته - هى أقدر المحاكم على تحقيقها ، والفصل فيها ، الأمر الذى يمكنها بسهولة من الانتقال لمعاينة العقار موضوع النزاع ، أو سماع شهودا يقيمون بجواره ، إن رأت أهمية لذلك .

أما الدعوى الشخصية العقارية ، فتختص بنظرها المحكمة التي يقع في دائرتها موقع العقار موضوع النزاع ، أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه " المادة (٥٠ / ٢) من قانون المرافعات المصري " (١) .

أما الدعوى القضائية المنقولة - سواء كانت شخصية ، أم عينية - فإنه تطبق بشأنها القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (٤٩) من قانون المرافعات المصري ، والتي تعقد الاختصاص القضائي بنظر الدعوى القضائية للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ، مالم ينص القانون الوضعي المصري على خلاف ذلك .

والأصل أن الدعاوى العينية العقارية التي يكون المطلوب فيها حقا عينيا - أي كان نوعه - والواقعة على عقار تخضع للقواعد العامة المقررة قانونا في رفعها . ومع ذلك ، فإن هناك طائفة منها تسمى " دعاوى الحيازة " - حينما تنصب هذه الحيازة على حق عيني وارد على عقار - أفرد لها قانون المرافعات المصري شرطا خاصا لقبولها ، ووضع قيودا على حرية الخصوم ، والقاضي أثناء الإدعاء بها ، وأثناء سير الخصومة القضائية فيها . وتنقسم الدعاوى القضائية إلى دعاوى قضائية تهدف إلى الحصول على الحماية القضائية الموضوعية ، ودعاوى قضائية تهدف إلى الحصول على الحماية القضائية التفتيشية . فتحقق الإستقرار القانوني يتطلب بالضرورة معرفة الأفراد ، والجماعات داخل الدولة لحقوقهم ، ومراكزهم القانونية معرفة أكيدة ، تمكنهم من ممارسة هذه الحقوق ، بالإستئثار بمنافعها ، على نحو لاغموض فيه ، وترتيب تصرفاتهم القانونية على ضوءها ، دون خوف ، أو قلق من نتائج هذه التصرفات مستقبلا ، والأصل أن يتم ذلك تلقائيا من خلال نشاط الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، ولكن ذلك لا يتحقق في أغلب الأحوال ، فقد تحدث عوامل كثيرة ، واعتبارات متنوعة تؤدي إلى تجهيل القانون الوضعي ، وقواعده ، بالنسبة لحالات خاصة معينة . وبالتالي ، يحدث تعارضا بين الرأي الذاتي " الفردي " ، مع رأي ذاتي آخر . ومن هنا ، لزم تدخل سلطة عامة لفرض الرأي الملزم للخصومة القضائية ، والذي يؤكد وجود ، أو عدم وجود الحق ، أو المركز القانوني الذي كان محلا للخلاف بين الإرادات الذاتية ، وعن طريق فرض هذا الرأي الملزم ، يتحقق الإستقرار القانوني ، عن طريق إزالة التجهيل الذي طرأ على النظام القانوني في خصوص واقعة

١ - تنص المادة (٥٠ / ٢) من قانون المرافعات المصري على أنه :

" وفي الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه " .

معينة ، ويقوم القضاء بهذه المهمة ، بفرض الرأى القضائى الذى يزيل هذا التجهيل ، ويكون ملزما للخصوم ، باعتباره الأكثر عدالة ، وفهما لقواعد القانون الوضعى ، من تلك الآراء الذاتية للأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، لما يحاط بإصداره من ضمانات كثيرة ، كصدوره عن هيئة متخصصة فى القانون الوضعى " القاضى ، أو القضاة " - والذين لا يكون لهم مصلحة فى النزاع المعروض عليهم ، للفصل فيه - وصدوره بعد اتباع إجراءات التحقيق ، والإثبات ، والمرافعة ، وغير ذلك من الإجراءات التى تستهدف عدم صدور الحكم القضائى إلا بعد إستيفائها ، ضمنا للوصول إلى الرأى الأكثر عدالة ، وهذا الرأى القضائى هو ما يطلق عليه الحكم القضائى ، والذى يحقق الحماية القضائية الموضوعية ، ويتمتع بقوة الحقيقة القانونية " الحجية القضائية " ، والتى تمنع الخصوم من معاودة النزاع حول الموضوع الذى فصل فيه الحكم القضائى مرة أخرى ، حتى يتحقق الاستقرار القانونى المنشود ، عن طريق المعرفة الأكيدة للمراكز القانونية المجهلة ، ويمثل الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية عندئذ الصورة الأولى من صور الحماية القضائية ، فيتدخل القضاء عن طريق الحكم القضائى الموضوعى لمجرد إزالة التجهيل الذى حدث بالنسبة للمركز القانونى ، فلا يتعداه إلى إحداث التوافق الفعلى بين الواقع ، والقانون الوضعى ، فهذه هي مهمة التنفيذ القضائى .

فالحكم القضائى هو غاية العمل القضائى ، وهو هدف النشاط الإجرائى للخصوم جميعا ، بالرغم من اختلاف أهدافهم ، وتعارض مصالحهم ، حيث يحاول كل خصم إقناع القاضى بأنه أولى بالرعاية ، وأحق بالحماية القضائية من الخصم الآخر .

والحكم القضائى هو : القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا ، ومختصة بإصداره ، فى خصومة قضائية ، وفقا لقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - سواء كان صادرا فى موضوع الخصومة القضائية ، أو فى شق منه ، أو فى مسألة متفرعة عنه .

وتتمثل مرحلة إصدار الحكم القضائى المرحلة الأساسية فى الخصومة القضائية : لأن الحكم القضائى هو خاتمة المطاف فى العمل القضائى ، وهو قصد المدعى من رفع الدعوى القضائية ، وهدف المدعى عليه كذلك من وراء تقديم طلباته ، ودفعه المختلفة .

والأحكام القضائية التقريرية هي : الأحكام القضائية التى يقتصر دورها على القضاء بوجود ، أو بعدم وجود الحقوق ، أو المراكز القانونية ، أو الوقائع القانونية ، دون أن يتجاوز ذلك إلى إلزام المحكوم عليهم فيها بأداء معين ، أو إنشاء مراكز قانونية جديدة ، أو تعديلها . فالأحكام القضائية التقريرية تقف عند حد تأكيد وجود ، أو نفي وجود حق ،

أو مركز قانونى معين ، دون أن تحدث تغييرا فيه ، أو تلزم أحد بأداء معين ، وبه تتحقق الحماية القضائية .

وتأخذ الأحكام القضائية التقريرية صورا متعددة ، فقد يكون التقرير إيجابيا . بمعنى ، أن تكون الأحكام القضائية التقريرية مؤكدة ، أو مقررّة وجود الحقوق ، أو المراكز القانونية موضوع الدعاوى القضائية - كالأحكام القضائية الصادرة بتقرير الجنسية ، أو بتقرير البسوة الشرعية ، أو ببراءة ذمة أشخاص ضد من يشكون فى براءتها ، أو بإثبات صفة الورثة فى أشخاص ضد من يشكون فيها ، أو بتقرير ، أو نفى ، أو ببطلاق العقود ، والتصرفات القانونية - وقد يكون التقرير سلبيا . بمعنى ، أن يكون التقرير الوارد بالأحكام القضائية التقريرية ينفى ، أو يقرر عدم وجود الحقوق ، أو المراكز القانونية المدعى بها - كالأحكام القضائية الصادرة بنفى حقوق ارتفاق بالمرور ، أو بالمطل على أراضى المدعين .

وتمثل الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية التقريرية - أصلية كانت ، أم فرعية - الصورة النموذجية البحتة للقضاء الموضوعى ، إذ أن دورها ينحصر فى تحقيق اليقين القانونى ، والذي يقتضيه سريان النظام القانونى .

وتحوز الأحكام القضائية التقريرية قوة الحقيقة القانونية ، بالنسبة لما تؤكد وجوده ، أو نفيه - أى تحوز حجية الأمر المقضى المانعة من تجديد المناقشة ، أو المنازعة ، أو التشكيك حول ما أكدته من وجود ، أو نفى حق ، أو مركز قانونى ، أو واقعة معينة - فالأحكام القضائية التقريرية تحوز الحجية القضائية ، بالنسبة لما تقرره ، أو تؤكد فى مضمونها ، إلا أنها لا تقبل التنفيذ الجبرى ، لأنها لا تتضمن إلزام أحد بأداء معين يقبل التنفيذ الجبرى .

وإذا أراد الخصم الحصول على حقه الذى أكدته الحكم القضائى التقريرى ، أو نفاه ، فإن عليه أن يرفع دعوى قضائية بإلزام خصمه الآخر ، إستنادا إلى الحكم القضائى التقريرى ، بتنفيذ ما أكدته ، أو نفاه . وعندئذ ، تنقيد المحاكم المرفوع أمامها دعوى الإلزام الموضوعية بالحجية القضائية التى تتمتع بها الأحكام القضائية التقريرية .

وأحكام الإلزام الموضوعية هى : الأحكام القضائية التى تقضى بإلزام المحكوم عليهم بأداء معين ، يكون قابلا للتنفيذ الجبرى ، كالأحكام القضائية الصادرة بإلزام المحكوم عليهم بدفع مبالغ من النقود على سبيل التعويض ، أو بإخلاء عقارات ، أو هدمها .

وتحوز أحكام الإلزام الموضوعية الحجية القضائية - باعتبارها أحكاما قضائية موضوعية - وتصلح سندات تنفيذية ، متى صارت إنتهائية ، أو مشمولة بالنفاذ المعجل .

وتخول أحكام الإلزام الموضوعية للدائنين الحصول على حقوق اختصاص على عقارات مدينيتهم ، ضمانا لأصل الديون ، والفوائد ، والمصاريف ، متى كانوا حسنى النية " المادة (١/١٠٨٥) من القانون المعنى للمصرى " .

ويترتب على صدور أحكام الإلزام الموضوعية تغيير مدة التقادم ، لتصبح خمسة عشرة سنة ، حتى ولو كانت الديون موضوع دعاوى الإلزام الموضوعية تسقط بمضى خمس سنوات .

وتعد أحكام الإلزام الموضوعية الأكثر شيوعا فى الممارسة العملية ، إذ قلما يكتفى المدعون فى الدعاوى القضائية بمجرد المطالبة بتقرير حقوقهم ، أو مراكزهم القانونية ، وإنما يطلبون فضلا عن ذلك إصدار الأحكام القضائية بإلزام المدعى عليهم فى الدعاوى القضائية بأداءات معينة ، كانوا قد امتنعوا عن أدائها . فلا يكتفى الدائن مثلا فى دعواه القضائية على مجرد طلب تقرير مدينيتيه فى ذمة مدينه ، وإنما يطلب الحكم القضائى بإلزام المدين بدفع مبلغ معين من النقود ، هو قيمة الدين الملتزم بالوفاء به . وكذلك ، طلب إلزام المحكوم عليه بإخلاء مسكن ، أو تسليم منقول ، أو هدم ، أو إقامة حائط . والأحكام القضائية المنشئة هى : الأحكام القضائية التى تتضمن إنشاء ، أو تعديل أو إنهاء مراكز قانونية قائمة ، فهى تحدث تغييرا فى الحقوق ، أو المراكز القانونية ، إما بإنشاء حقوق ، أو مراكز قانونية لم تكن موجودة قبل صدورهما ، أو تعديلها ، أو إنهاء حقوقا ، أو مراكز قانونية كانت موجودة قبل ذلك .

فإذا كان المشرع الوضعى يعترف - كقاعدة - لإرادة الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالقدرة على ترتيب آثار قانونية معينة ، فإنه وفى حالات معينة - ولاعتبارات خاصة - يقرر عدم قدرة الإرادة الفردية على إحداث هذا التغيير - إما لعجز هذه الإرادة ، وإما لحماية لمصلحة عامة - ويتطلب لإحداث هذا التغيير تدخل يحدث مقدما من جانب القضاء العام فى الدولة ، للتأكد من شرعية هذه الحقوق الإرادية ، وتوافر الشروط الشكلية ، والموضوعية اللازمة لقيامها ، فيتدخل القضاء - بناء على طلب صاحب الحق الإرادى فى التغيير - لإحداث التغيير المطلوب ، إما بإنشاء حق ، أو مركز موضوعى ، لم يكن موجودا من قبل ، أو بتعديل ، أو إنهاء حق ، أو مركز موضوعى قائم ، ويترتب هذا الأثر لصاحب الحق الإرادى فى مواجهة الطرف السلبى ، دون أن يلتزم الأخير بأداء معين ، وإنما يخضع لهذا الأثر خضوعا لا يتطلب تدخله - كالأحكام القضائية الصادرة بإشهار إفلاس تاجر ، والأحكام القضائية الصادرة بالطلاق ، والأحكام القضائية الصادرة بفسخ العقود ، أو إبطالها ، والأحكام القضائية الصادرة بحل شركات ، أو جمعيات .

والأحكام القضائية الصادرة بالشفعة ، أو الأحكام القضائية الصادرة بتعديل الإلتزامات التعاقدية ، بسبب الغبن ، أو الظروف الطارئة - وفى مثل هذه الحالات ، وما شابهها ، فإن الأحكام القضائية الصادرة هى التى تكون قد أحدثت التغيير القانونى فى مراكز الخصوم ، ولا يعتد بالتغيير الواقع إلا من تاريخ صدورهما ، وليس قبله .

وتعتبر الأحكام القضائية التقريرية ذات أثر فوري . ومع ذلك ، فإن المشرع الوضعى قد جعل التغيير القانونى فى حقوق ، ومراكز الخصوم القانونية يرد إلى تاريخ سابق على صدور الأحكام القضائية التقريرية ، فقد يكون هذا الوقت هو تاريخ رفع الدعوى القضائية ، أو تاريخ إبرام العقد ، عند الحكم القضائى الصادر بإبطاله .

وتحوز الأحكام القضائية المنشئة للحجية القضائية ، ولا يجوز تنفيذها جبرا ، لأنها لا تعتبر سندات تنفيذية ، لأن الغرض المقصود منها يتحقق بمجرد إحداث التغيير فى الحقوق ، والمراكز القانونية للخصوم بمجرد صدورهما ، دون حاجة لتنفيذها جبريا .

الفصل الثانی

شروط قبول الدعاوى القضائية (١)

تمهيد ، وتقسيم :

إذا كانت الدعوى القضائية هي الوسيلة القانونية لحماية الحق بواسطة القضاء ، فليس معنى ذلك أنه يجب أن يتضح منذ البداية أن من يستخدمها هو صاحب حق فعلاً ، فهذا لن يتأتى التأكد منه إلا بعد النظر في موضوعها ، والفصل فيه . فلم يشأ المشرع الوضعي أن يلزم القضاء بالفصل في كل مايقدم إليه من ادعاءات ، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع وقت المحاكم في بحث أمور غير ذات أهمية ، أو أموراً تم الفصل فيها ، أو أن الفصل في موضوعها غير مجد بالنسبة لأطرافها ، وإنما اشترط المشرع الوضعي لإلزام القاضي العام في الدولة بالفصل في موضوع ما يقدم إليه شرائط معينة ، فإن توافرت هذه الشرائط ، قام للمدعى حقاً في أن يحصل على حكم من القضاء العام في الدولة في موضوع مايدعيه ، وهو ما يطلق عليه حق الدعوى القضائية . ويقصد بشروط الدعوى القضائية مايتطلبه القانون الوضعي من مقتضيات لوجود حق الدعوى القضائية (٢) . وهناك من يفرق بين شروط وجود الدعوى القضائية كحق ، وهذه الشروط تختلف عن شروط قبولها ، أو مباشرتها . فمنهم من يرى أن الحق يكون شرطاً لوجود الدعوى القضائية ، والمصلحة شرطاً لقبولها (٣) ، ومنهم من يرى أن شروط

١ - في دراسة شروط قبول الدعوى القضائية ، أنظر : عاشور مبروك - الوسيط - الكتاب الأول - ص ٤٩٤ ، وما بعدها .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى - الخصومة - ص ١١٦ ، مبادئ القضاء المدني - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ - ص ٩١ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضى أمام القضاء المدني - ١٩٩١/١١٩٠ - ص ٤١ .

٣ - أنظر : عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٣٨ ص ٤٠ ، ٤١ .

قبول الدعوى القضائية هي شروطا لمباشرتها^١ ، ومنهم من لا يفرق - ويحق - بين شروط وجود الدعوى القضائية ، وشروط قبولها ، فهي واحدة . أما مباشرة الدعوى القضائية فتتحقق عن طريق الخصومة القضائية ، بإجراءاتها ، والتي تبدأ بالمطالبة القضائية ، وهذا يكون أمرا متميزا عن الدعوى القضائية^٢ .

وتمثل شروط الدعوى القضائية في الوقت نفسه شروطا للحكم للقضائي في موضوعها ، وهذه الشروط هي ما يطلق عليها شروط قبول الدعوى القضائية .

وتتطلب القوانين الإجرائية عادة شروطا معينة ، حتى تكون الدعوى القضائية صالحة لمجرد النظر فيها ، وتسمى بشروط قبول الدعوى القضائية . فقبول الدعوى القضائية إذن يقتضى مجرد صلاحيتها للنظر فيها ، وبصرف النظر عما إذا كانت تستند إلى حق فعلا ، أم لا ؟ . فقد تكون الدعوى القضائية مقبولة ، فتتظر المحكمة في موضوعها ، ثم يتضح لها بعد ذلك أن المدعى لم يكن صاحب حق فعلا . كما أن العكس يكون متصورا ، إذ قد تختلف شروط قبول الدعوى القضائية ، فلا ينظرها القاضي ، ولا يصدر الحكم القضائي المستهدف فيها ؛ ولئن يكون معنى ذلك أن المدعى ليس بصاحب حق فيما يدعيه ، فهذه مسألة لم يفحصها القاضي .

وشروط قبول الدعوى القضائية هي شروطا عامة ، تنطبق على كل دعوى قضائية ترفع أمام القضاء ، بهدف الحصول على الحماية القضائية ، سواء كانت دعوى قضائية موضوعية ، أم كانت دعوى قضائية وقتية ، وسواء كانت دعوى قضائية أصلية ابتدائية ، أم كانت دعوى قضائية عارضة ، وسواء كانت مرفوعة أمام محكمة أول درجة ، أم كانت مرفوعة أمام محكمة الدرجة الثانية .

وفي الحالة عدم توافر الشروط العامة لقبول الدعوى القضائية ، فإن المحكمة عندئذ تقضى بعدم قبولها ، دون حاجة لبحث مضمونها ، فقبول الدعوى القضائية خطوة سابقة على الفصل في موضوعها ، حيث أن النظام القانوني يحمي الحقوق ، والمراكز القانونية ، ويقتضى ذلك ، وجود هذه الحقوق ، والمراكز القانونية ، ووقوع إعتداء عليها بالفعل ، أو تعرضها لخطر الإعتداء عليها ، وكون صاحب الحق هو الذى يطلب حمايته قضائيا ،

١ - أنظر : فنان ، جنشار : المرجع السابق ، بند ٢٢٠ ص ٤٤ ، جارسونيه - الجزء الأول - ص ٥٢٠ ، محمد عبد الخالق عمر - الرسالة المشار إليها - بند ١٩٩ ، وقارن : جايير - بند ٥٩ ، ص ٥٠ ، بند ٦٠ ، ص ٥٢ .

٢ - أنظر : وجدى راغب فهمى - الخصومة - الإشارة المقدمة .

بالإلتجاء إلى القضاء ، بتوافر هذه العناصر تكون شروط قبول الدعوى القضائية في هذه المرحلة الأولى قد توافرت بشكل مجرد ، أى دون أن تتعلق بالمدعى ذاته . وبالتالي ، تكون الدعوى القضائية مقبولة . أما إذا لم تتوافر هذه الشروط ، فإن الدعوى القضائية لا تكون مقبولة ، ويكون كل ما استخدمه المدعى هو مجرد حقه في الإلتجاء إلى القضاء . وعندئذ ، تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى القضائية .

وما يشترطه القانون الوضعي لقبول الدعوى القضائية ليست شروطاً غريبة عن مضمون ، وجوهر الحق في الدعوى القضائية ذاته ، وإنما هي تكشف إبتداء عما إذا كان من الظاهر أن لرافعها حقاً ، أم لا ، حتى لا يرهق القضاء بدعاوى لم يكن لرافعها أى حق فيما يدعونه ، فمثل هذه الدعاوى القضائية فضلاً عن كونها إساءة في استعمال الحق في الدعوى القضائية . خاصة ، إذا كان القصد من رفعها مجرد التشهير ، والإساءة إلى الخصم ، فإنه تكون مضیعة لوقت القضاء العام في الدولة عبثاً ، وهو وقتاً يجب أن يكرس لدعاوى قضائية الظاهر أن لرافعها الحق في استعمالها .

ولم تعد الدعاوى القضائية في العصر الحديث محددة بنماذج معينة . ومن ثم ، فلا يشترط لقبولها أن يرد بشأنها نصا في القانون الوضعي صراحة (١) ، فالمرجع الوضعي الحديث إنما ينظم الدعوى القضائية بصفة عامة ، محدداً شرائط معينة لوجودها ، إن توافرت ، وجد الحق في الدعوى القضائية ، حتى ولو لم يرد نصاً قانونياً وضعياً خاصاً بها ، وهذه هي مناطلق عليها الشروط العامة لوجود الحق في الدعوى القضائية .

وقد يتولى المشرع الوضعي تنظيم بعض الدعاوى القضائية ، مسمياً إياها بأسماء معينة - كدعوى منع التعرض - أو مشترطاً لوجودها - فضلاً عن الشروط العامة - شروطاً خاصة بها ، مثل تلك الشروط الخاصة بدعاوى الحيازة ، ودعوى الشفعة ، وغيرها . وتمهيداً للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى تسعة مباحث متتالية ، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : الشروط الإيجابية لوجود الحق في الدعوى القضائية .

المبحث الثاني : الشروط السلبية العامة لوجود الحق في الدعوى القضائية .

(١) أنظر : وجدي راغب فهمي - الخصومة - ص ١١٦ ، فتحى والى - الوسيط في قانون القضاء المدنى - ص ٦٩ ، رمزى سيف - الوسيط - بند ٧٥ ص ١٠٩ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١١٩٠ / ١٩٩١ - ص ٤٧ .

المبحث الثالث : المصلحة شرطا لقبول الدعوى القضائية .

المبحث الرابع : وقت تقدير توافر شروط الحق في الدعوى القضائية .

المبحث الخامس : إشتراط المصلحة ليس فقط لادعاء المدعى ، وإنما لدفاع المدعى عليه أيضا ، ولطلب التدخل المقدم من الغير في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها ، كما تشترط لاستعمال طرق الطعن في أحكام القضاء ، وبالنسبة لأى إجراء آخر من إجراءات الدعوى القضائية .

المبحث السادس : لايعنى إشتراط توافر مصلحة معينة للمدعى ، لكى تقبل دعواه القضائية ، أن الحكم القضائى الذى يصدر فيها لابد أن يحقق له هذه المصلحة " لاتلزم بين قبول الدعوى القضائية ، ونتيجة الفصل فيها " .

المبحث السابع : إختلاف الفقه ، وأحكام القضاء فى ظل قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ حول ماإذا كانت المصلحة فى الدعوى القضائية بمقوماتها - بما فيها الصفة - من النظام العام ، أم لا ؟ .

المبحث الثامن : مدى إعتبار المصلحة فى الدعوى القضائية من النظام العام ، بعد التدخل التشريعى بالقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ .

والمبحث التاسع : أمثلة للدعاوى القضائية التى تنعدم فيها المصلحة .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

المبحث الأول

الشروط الإيجابية لقبول الدعوى القضائية

توجد شروطا عامة يجب توافرها في كل دعوى قضائية حتى يمكن قبولها ، وقد تكون الشروط العامة للدعوى القضائية شروطا يلزم توافرها لوجود حق الدعوى القضائية ، أى قبولها ، وهى مانطلق عليها الشروط الإيجابية ، وقد تكون شروطا يلزم عدم توافرها حتى تقبل الدعوى القضائية ، وهى مانطلق عليها الشروط السلبية ^(١) .

ويقصد بالشروط الإيجابية لوجود الدعوى القضائية : تلك الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى القضائية ، والفصل في موضوعها ^(٢) . وقد اختلف الفقه في تحديد الشروط الإيجابية لوجود الدعوى القضائية ، ولكل رأى وجهة نظر ، وذلك بحسب الزاوية التى ينظر إليها منها ، فيرى جانب من الفقه أن شروط قبول الدعوى القضائية تنحصر في وجود حق ، مصلحة ، صفة ، وأهلية . بينما يرى جانب آخر من الفقه عدم كفاية المصلحة ، ويشترط بالإضافة إليها توافر الصفة ^(٣) . ويضيف البعض الآخر على ذلك ضرورة توافر الحق الموضوعى ^(٤) . بينما أدخل جانب آخر من الفقه الأهلية ضمن شروط الدعوى القضائية ^(٥) . فالمصلحة ليست شرطا لقبول الدعوى القضائية ،

(١) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١١٩٠ - ص ٤٢ .

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - المرجع السابق - ١٩٩١/١١٩٠ - ص ٤٣ .

(٣) أنظر : سوليس ، بيرو : المرجع السابق ، ص ٢٤٣ ، مصطفى كامل كيرة - قانون المرافعات النهى - سنة ١٩٧٠ - ص ٢٦٦ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠٦ ، ص ٣٢٩ .

(٤) أنظر : محمد ، عبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات - الجزء الأول - سنة ١٩٥٧ - ص ٥٦٣ .

(٥) أنظر : لاكوت - بند ٥٥ ص ٣٦ ، جايو - بند ٥٢ ، ومايليه ، ص ٥٢ ، سوليس ، بيرو - بند ٣٨٣ ، جارسونيه ، سيزار برو - الجزء الأول - بند ٣٥٦ ، ص ٥٨٠ ، بوليارد - ص ٢٧ ، ومابعدها ، عبد الباسط جمعى - ص ٣١٠ ، العشماوى - بند ٤٦٢ ، ص ٥٨٩ ، عبد الفتاح السيد

وإنما هي شرطا لوجودها ، ويحدد شروط الدعوى القضائية في ثلاثة شروط ، وهي : وجود الحق ، الإعتداء عليه ، وتوافر الصفة ، فإذا توافرت الشروط الثلاثة المتقدمة ، توافرت المصلحة في الدعوى القضائية ^(١) . ويرى جانب آخر من الفقه أن شروط قبول الدعوى القضائية هي : المصلحة ، الصفة ، وعدم المنع قانونا من سماع الدعوى القضائية - كعدم مخالفتها للنظام العام مثلا ، واحترام الميعاد المحدد قانونا لرفعها - ويضيف جانب آخر من الفقه لهذه الشروط اللازمة لقبول الدعوى القضائية عدم سبق الفصل فيها ، وعدم الإكتفاء على التحكيم . بينما يركز جانب من الفقه - ويحق - شروط الدعوى القضائية في شرط عام واحد ، له أوصافا متعددة ، هو شرط المصلحة ، وإن كان ذلك لا يمنع أن توجد بجوارها أحيانا شروطا أخرى عامة ، أو خاصة ببعض الدعاوى القضائية . فالشرط الوحيد لقبول أي طلب ، أو دفع ، أو طعن هو وجود مصلحة قائمة ، وحالة لصاحبه فيه ، فشرط المصلحة هو الشرط الوحيد اللازم لقبول الدعوى القضائية ^(٢) ، ، تطبيقا للقاعدة القائلة بأنه : " حيث لمصلحة فلا دعوى " ، وما الشروط الأخرى التي يرددها الفقه إلا أوصافا لشرط المصلحة في الدعوى القضائية ، أو خصائص لها ^(٣) . فالشروط التي أوردها الفقه - باستثناء الأهلية - تعد شروطا متداخلة ، فمن يرى أن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى القضائية ، يشترط أن

- بسند ٣٣٢ ص ٣١٨ ، محمد حامد فهمي - بند ٣٣٧ ، محمد عبد الخالق عمر - الرسالة المشار إليها - بند ٧٣ ، ص ٧٠ .

^(١) أنظر : لستحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - بند ٣٧ ص ٧٩ ، وما بعدها ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١٢١ .

٢ - ومقتضى القانون الوضعي المصري رقم (١٨) لسنة ١٩٩٦ أصبح شرط المصلحة في الدعوى القضائية متعلقا بالنظام العام .

^(٣) أنظر : جابيو : المرجع السابق ، بند ٩٠ ، ص ٥٢ ، والذي لم يفرق بين شروط وجود الدعوى القضائية ، وبين شروط مباشرتها ، وقال بعد أن عددها في الحق ، المصلحة ، الصفة ، والأهلية أنها مجرد وجهات نظر مختلفة في شرط واحد .

وانظر أيضا : عبد المنعم الشرفاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٣٨ ، ص ٤١ ، بند ٤٠ ، ص ٤٢ ، رمزي سيف - الوسيط - بند ١٠٠ - ١٠٢ ، ص ١٣٧ - ١٣٨ ، أحمد السيد صاوي - الوجيز - بند ٢٥ ، ص ٣٩ .

تكون المصلحة «سوية» - أي تستند إلى حق ، أو مركز قانوني - وهو ما يعادل عند البعض شرط وجود الحق ، وأن تكون مصلحة قائمة . بمعنى ، أن يكون الإعتداء قد وقع بالفعل على الحق المراد حمايته ، وهو ما يعادل عند البعض شرط وقوع الإعتداء على الحق ، وأن تكون مصلحة شخصية ، ومباشرة . بمعنى ، أن تحمي الدعوى القضائية حق رافعها ، أو من ينوب عنه ، وهو ما يعادل عند البعض شرط الصفة . وعلى هذا ، يمكن إجمال شروط الدعوى القضائية في شرط واحد ، وهو شرط المصلحة في الدعوى القضائية (١) .

والقول بأن الحق الموضوعي شرطاً للدعوى القضائية هو قولاً مرفوضاً ، لأن ذلك يتعارض مع اعتبار الدعوى القضائية حقاً مستقلاً قائماً بذاته عن الحق الموضوعي . وبالتالي ، فيكون الحق الموضوعي شرطاً للطلب ذاته ، وليس لوجود الحق في الدعوى القضائية (٢) .

والقول بأن الأهلية شرطاً في الدعوى القضائية قولاً ينفيه أن الدعوى القضائية تنشأ الحق فيها للقصر ، وعديمي الأهلية . فالأهلية ليست شرطاً لوجود الدعوى القضائية ، وإنما هي شرطاً لمباشرتها ، أي مباشرة إجراءاتها (٣) . ولهذا ، ينص قانون المرافعات

(١) أنظر : أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٤ - ص ١٧٣ .

(٢) أنظر : كورني ، وفوييه : المرجع السابق ، ص ٢٨٤ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩٠/ ١٩٩١ - ص ٤٤ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٢٨٩ ، ص ٣١١ .

(٣) أنظر : فنان ، جنشار : المرجع السابق ، بند ١٧ ، ص ٣٨ ، بند ٢٢ ، ص ٤٤ ، موريل : المرجع السابق ، بند ٢٧ ، ص ٣٠ ، فزيوز : المرجع السابق ، ص ٢١٣ ، كورني ، وفوييه : المرجع السابق ، ص ٢٨٤ ، كوشيز : المرجع السابق ، بند ١٥١ ص ٩١ ، رمزي سيف - الوسيط - بند ١٠٠ ، ص ١٣٧ ، عبد النعم الشرفاوي - المصلحة في الدعوى القضائية - الرسالة المشار إليها - بند ٣٨ ، ص ٤٠ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٢٠ ، ص ١٢١ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠٧ ، ص ٣٣٤ ، وجدي راغب فهمي - مبادئ القضاء - ص ٩٣ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩٠/ ١٩٩١ - ص ٤٤ ، فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - بند ٣٨ ، ص ٨٣ ، أحمد السيد صاوي - الوسيط في

المصري على انقطاع سير الخصومة القضائية يفقد أحد الخصوم في الدعوى القضائية لأهليته " المادة (١٣٠ / ١) من قانون المرافعات المصري - والمعدلة بالقانون التوضيحي المصري رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ ، والخاص بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المصري - ^١ ولو كانت الأهلية شرطاً لقبول الدعوى القضائية ، لوجب أن يكون الجزاء هو عدم قبول الدعوى القضائية ، وليس انقطاع الخصومة القضائية فيها . وإذا ما استبعدنا الحق الموضوعي ، والأهلية من شروط وجود الدعوى القضائية ، فلا يبقى إلا المصلحة في الدعوى القضائية ، والصفة فيها ، وهما شرطان ضروريان لوجود الحق في الدعوى القضائية ، فإذا انتفى أحدهما ، ما قام الحق فيها ، وما كان للشخص الحق في الحصول على حكم قضائي في موضوعها .

شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٢٦ ، ص ٤٠ ، محمد عبد الحائق عمر - الرسالة المشار إليها - بند ٣٣٤ .

١ - والى تنص على أنه :
 " يسقط سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم ، أو بفقده أهلية الخصومة ، أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النابئ ، إلا إذا كانت الدعوى قد قُيأت للحكم في موضوعها " .

المبحث الثاني

الشروط السلبية العامة لوجود

الحق فى الدعوى القضائية (١)

تمهيد ، وتقسيم :

توجد شروطا عامة يجب توافرها فى كل دعوى قضائية حتى يمكن قبولها ، وقد تكون الشروط العامة للدعوى القضائية شروطا يلزم توافرها لوجود حق الدعوى القضائية ، أى قبولها ، وهى مانطلق عليها الشروط الإيجابية ، وقد تكون شروطا يلزم عدم توافرها حتى تقبل الدعوى القضائية ، وهى مانطلق عليها الشروط السلبية (٢) ، فيجب عدم تحقق الشروط السلبية حتى يوجد الحق فى الدعوى القضائية . فيقصد بالشروط السلبية لوجود الحق فى الدعوى القضائية : عدم تحقق سببا من الأسباب التى يرتب المشرع الوضعى على تحققها عدم قبول الدعوى القضائية (٣) ، وهى على عكس الشروط الإيجابية ، فالشروط الأخيرة يجب تحققها لوجود الدعوى القضائية . أما الشروط السلبية ، فإنه يجب عدم تحققها ، حتى يوجد الحق فى الدعوى القضائية . فقد يوجب القانون الوضعى

(١) فى دراسة الشروط السلبية لوجود الحق فى الدعوى القضائية ، أنظر : أحمد أبو الوفا - قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١١٦ - ١٢٠ - ص ١١٩ ، ١٢٠ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠٨ ، ص ٣٣٤ - ٣٣٦ ، وجدى راغب فهمى - مبادئ الخصومة - ص ١١٧ .

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١١٩٠ - ص ٤٢ .

(٣) أنظر : محمود محمد هاشم - المرجع السابق - ص ٨٨ .

ضرورة مباشرة الدعوى القضائية فى مناسبة بعينها ^(١) ، أو فى ، يعاد يحدده ، إما قبل بدئه ، أو خلاله ، أو بعد انقضائه ^(٢) .
وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب متتالية ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول : عدم سبق الفصل فى الدعوى القضائية .

المطلب الثانى : عدم اكتمال مدة تقادم الدعوى القضائية .

المطلب الثالث : عدم تحقق مايقضى على حق الدعوى القضائية .

المطلب الرابع : ألا يكون هناك إتفاقا على التحكيم .

والمطلب الخامس : لانتوافر المصلحة فى الدعوى القضائية إذا كان قد تم الصلح فيها .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

^(١) مثل منع المطالبة بالحق فى دعوى الحيازة ، أى عدم الجمع بين دعوى الحيازة ، ودعوى الحق " المادة (١/٤٤) من قانون المرافعات المصرى . كما لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع إلى المدين " المادة (١/٧٨٨) من القانون المدنى المصرى " .

^(٢) ميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع ، فيجب أن يقدم خلال الثلاثة أيام السابقة على الجلسة المحددة لنظر الاعتراضات على قائمة شروط البيع " المادة (١/٤٢٢) من قانون المرافعات المصرى " .
وسقوط الحق فى إبداء طلب عارض بعد قفل باب المرافعة فى الدعوى القضائية . وضرورة رفع دعوى الحيازة فى خلال سنة من تاريخ الإعتداء على الحيازة . أو رفع دعوى الشفعة فى خلال مدة محددة .

المطلب الأول

عدم سبق الفصل فى الدعوى القضائية

إذا كانت الدعوى القضائية قد رفعت مرة أمام القضاء ، وفصل فى موضوعها ، فمعنى ذلك أن الشخص قد وجد له الحق فى الدعوى القضائية ، فباشره ، ويطبق القضاء بشأنه قواعد القانون الوضعى ، فلا ينشأ له الحق فى الدعوى للمطالبة بما سبق الفصل فيه بحكم قضائى سابق ، وذلك إحتراما لحجية الأمر المقضى ، والذى حازها الحكم القضائى السابق ، والفاصل فى موضوع الدعوى القضائية ، وهى الحجية القضائية المانعة من معاودة النزاع مرة أخرى ، حول ما قضى به الحكم القضائى فى الدعوى القضائية (١) . وعلى ذلك ، فإن تحققت هذه الواقعة - واقعة الفصل فى موضوع الدعوى القضائية - فإن ذلك يستوجب القضاء بعدم قبولها ، لسبق الفصل فيها (٢) . فمن القواعد المقررة أنه لا يجوز نظر الدعوى القضائية التى سبق الفصل فيها (٣) ، وهذه القاعدة هى إحدى نتائج حجية الشئ المحكوم ، أو المقضى به ، والتى تحوزها الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية ، ويترتب عليها منع المحاكم من إعادة نظر النزاع الذى فصل فيه ، ويسرى هذا المنع بالنسبة للمحكمة التى أصدرت الحكم القضائى ، والمحاكم الأخرى ، سواء كانت من ذات مستوى المحكمة الأولى ، أو مستوى أعلى ، أو أقل منها (٤) ، كما يسرى هذا المنع ولو كان الحكم القضائى السابق قد صدر من محكمة غير مختصة فى ذات الجهة القضائية التى تتبعها المحكمة المعروض عليها الدعوى القضائية ثانية ، باعتبار أن حجية الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية

(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤٢ ، ص ٢٢٤ ، وما بعدها .

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٨٨ .

(٣) فى بيان شروط إعمال قاعدة عدم جواز نظر الدعوى القضائية لسبق الفصل فيها ، أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - بند ١٤٣ ، وما يليه ، ص ٢٢٦ ، وما بعدها .

(٤) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المتقدمة .

يعتد بها أمام جميع محاكم الجهة القضائية الواحدة ، ولو كان مشوباً بعبء عدم الاختصاص القضائي الوظيفي ^(١) .

وتعتبر الدعوى القضائية قد سبق الفصل فيها ولو كانت المحكمة قد أوردت قضاءها في الدعوى القضائية في أسباب الحكم القضائي الصادر فيها ، لما لهذا القضاء من حجية قضائية ، باعتبار أن الأسباب تكون مكملية للمنطوق ^(٢) .

وتتطبق قاعدة منع نظر الدعوى القضائية لسبق الفصل فيها بالنسبة لجميع خصوم الدعوى القضائية السابقة ، وليس المدعى في الدعوى القضائية فحسب ، أى المدعى عليه ، والمستدخل فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها ، والمختصم فيها ، فى حالات وجودهما . وتطبيقاً لهذا ، إذا أقام ذات الدعوى القضائية ثلاثة أحد هؤلاء لاستصدار حكم قضائي آخر فيها ، فإنه لا يجوز نظرها ^(٣) .

ويقتضى تحقق الإستقرار فى المراكز القانونية ، واحترام القرارات الصادرة من القضاء ، وغيرهما من أهداف حجية الشيء المحكوم به إعمال قاعدة عدم جواز نظر الدعوى القضائية لتسبق الفصل فى النزاع على حالات القضاء من المحاكم التابعة لغير الجهة القضائية التى تتبعها المحكمة المعروضة عليها الدعوى القضائية ثانية ، ومن غير المحاكم من الهيئات ذات الاختصاص القضائي ^(٤) . ونتيجة لذلك ، فإنه إذا أقيمت دعوى قضائية أمام محكمة فى جهة القضاء الإدارى مثلاً ، وصدر فيها حكماً قضائياً ، ثم أقيمت ذات الدعوى القضائية أمام المحاكم العادية ، فلا تكون جائزة ، ويمتنع نظرها لسبق الفصل فيها ^(٥) ، غير أنه يشترط عندئذ أن يكون الحكم القضائي السابق قد صدر من إحدى محاكم الجهة القضائية المختصة ، ومرجع هذا ، أن الأحكام القضائية الصادرة من جهة مختصة باختصاصها وظيفياً تكون لها حجية أمام الجهات القضائية المختلفة ، باعتبار أنها

^(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

^(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

^(٣) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

^(٤) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكنة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤٢ ، ص ٢٢٥ .

^(٥) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

جميعاً تتبع تنظيمياً قضائياً واحداً في دولة واحدة ، وهي التي أسند مشرعها الوضعى ولاية الفصل فى المنازعة للجهات القضائية المتعددة ^(١) . أما إذا كان الحكم القضائى السابق قد صدر من محكمة غير مختصة بإختصاصا وظيفيا - كما لو صدر فى منازعة مدنية من المحاكم الإدارية - فلا يقال بامتناع الدعوى القضائية التالية أمام المحاكم العادية ، وعدم جواز نظرها ، أى الجهة القضائية المختصة ، ومرجع هذا ، أن الحكم القضائى الصادر من محكمة غير مختصة بإختصاصا وظيفيا لا يعتد به ، ولا تكون له حجية قضائية أمام المحكمة ، أو الجهة القضائية المختصة بإختصاصا وظيفيا ^(٢) .

وإذا أقيمت دعوى قضائية بشأن نزاع صدر بشأنه قرارا من هيئة ذات اختصاص قضائى ، فإنه لا تجوز هذه الدعوى القضائية ، ويمتنع نظرها لسبق الفصل فيها . ومزجج هذا ، أن القرارات الصادرة من مثل هذه الهيئات تكون لها حجية قضائية أمام جميع الجهات القضائية ، والمحاكم ، والهيئات ذات الإختصاص القضائى الأخرى ، باعتبار أن المشرع الوضعى هو الذى أسند لها ولاية الفصل فى المنازعة التى صدر فيها القرار ، فينبغى إحترام القرارات التى تصدرها ، بالفراض وحدة النزاع ^(٣) . غير أنه يراعى أن هذه القاعدة لا يعمل بها ، وتجاوز الدعوى القضائية ، ولا تمتنع أمام المحاكم ، رغم القرار السابق إصداره من الهيئات ذات الإختصاص القضائى ، إذا كانت هذه الدعوى القضائية طعنا فى القرار ، وكان المشرع الوضعى يجعل للمحاكم ولاية الفصل فى الطعون المرفوعة ضد هذه القرارات .

^(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

^(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤٢ ، ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ .

^(٣) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

المطلب الثانى

عدم اكتمال مدة تقادم الدعوى القضائية

إذا كانت الدعوى القضائية حقا ، فإنها بهذه المثابة تسقط بعدم الإستعمال بمدة التقادم العادية كقاعدة عامة ، وهى خمسة عشر سنة من وقت حدوث الواقعة المنشئة لها ، أى من وقت الإعتداء على الحق ، أو المركز القانونى المدعى ^(١) .

^(١) أنظر : عمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٨٨ .

المطلب الثالث

عدم تحقق مايقضى على حق الدعوى القضائية

قد ينقضى الحق فى الدعوى القضائية بسبب إرادى - كالتنازل عن الدعوى القضائية - أو باتفاق الأطراف على الصلح بينهما " المادة (١٠٣) من قانون المرافعات المصرى " ، أو بسبب غير إرادى - مثل وفاة الخصم فى دعوى نفقة ، أو تطليق ، أو نزع ملكية العقار محل دعوى الشفعة ، أو اتحاد الذمة ، وتحقق شيئاً من ذلك يستوجب الحكم بعدم قبول الدعوى القضائية .

المطلب الرابع

ألا يكون هناك إتفاقا على التحكيم

يرتب الإتفاق على التحكيم آثارا قانونية عديدة في ذمة عاقيه ، وأهمها :
الأثر الإيجابي ، والأثر السلبي :

يرتب الإتفاق على التحكيم آثارا قانونية عديدة في ذمة عاقيه ، وأهمها : الأثر الإيجابي ، والأثر السلبي . ويتمثل الأثر الإيجابي للإتفاق على التحكيم في التزام طرفيه بعرض النزاع موضوعه على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عادين ، أو هيئات غير قضائية ، لإصدار حكم تحكيم ، يكون ملزما لهما ^(١) ، دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل في موضوعه ، ويكون الإتفاق على التحكيم بذلك قد أثبت سلطة لهيئة التحكيم ، وهو أمرا إستثنائيا أجازته الأنظمة القانونية للوضعية ، لمخالفته لقواعد أمرة ، وهي قواعد توزيع ولائحة القضاء العام في الدولة ، ولولا إعراف تلك الأنظمة القانونية الوضعية بنظام التحكيم ، لما كان من الممكن أن يكون الإتفاق على التحكيم صحيحا ومنتهيا لآثاره القانونية ^(٢) .

بينما يتمثل الأثر السلبي للإتفاق على التحكيم في منع عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على القضاء العام في الدولة ، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه . فالإتفاق على التحكيم يمنع القضاء العام في الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق هيئة التحكيم ، بدلا من المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل في موضوعه ، ويخول المدعى عليه دفعا بذلك ، وهو مايسمى بالدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ^(٣) .

(١) في دراسة مظهر الإلزام في نظام التحكيم ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط ٥ - ١٩٨٨ - بند ٥ ، ص ٢٠ ، ومابعدها .

(٢) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣٤ ، ص ١١٤ .

^٣ في دراسة مفهوم الأثر السلبي للإتفاق على التحكيم ، والوسيلة الفنية لإعماله ، أنظر : وجدي راغب فهمي - طبعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم - مقالة منشورة في مجلة مؤتمر التحكيم العربي - ١٩٨٧ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط ٥ - ١٩٨٨ - بند ٤٣ ، ومايليه ، ص ١٢٣٠ ، ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - ١٩٩٣ - بند ٤٢/٣ ، ص ٧٣ ، ٧٤ - والفواشش الملحقة ، أصول التنفيذ - ط ٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ، ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ،

فباتفاق الأطراف المحتكمين على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل في المنازعات التي تدخل أصلاً في الولاية القضائية المقررة للقضاء العام في الدولة ، فإنه يتمتع عليهم الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة ، للفصل فيها ، كما أنهم وباتفاقهم على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، يمنعون القضاء العام في الدولة من نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا رفع إليه من قبل أحدهم ، إذ يكون للطرف الآخر في الإتفاق على التحكيم أن يدفعهما بوجود الإتفاق على التحكيم . وعلى القضاء العام في الدولة متى تبيّن له جدية الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، وابتدأته على صحيح القانون ، أن يتمتع عن نظر هذا النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ^(١) .

لايؤدي الإتفاق على التحكيم إلى السلب المطلق لسلطة القضاء العام في الدولة ، في خصوص المسائل التي ورد بشأنها ، فيظل للقضاء العام في الدولة دوراً في خصوص الإتفاق على التحكيم ، والمسائل التي ورد في شأنها :

لايؤدي الإتفاق على التحكيم إلى السلب المطلق لسلطة القضاء العام في الدولة ، في خصوص المسائل التي ورد بشأنها ، فيظل للقضاء العام في الدولة دوراً في خصوص الإتفاق على التحكيم ، والمسائل التي ورد في شأنها ، فتتص المادة (١٤) من القانون

والهوامش الملحقه ، محمد نور عبد الهادي شحاته - النشأة الإنفاقية لسلطات المحكمين - ص ٩٦ ، ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣٤ ، ومايلي ، ص ١١٤ ، ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوي - التحكيم الدولي ، والداخلي - بند ٣٩ ، ٣٢ ، ص ٤٥ ، ومابعدها ، عاطف الققي - التحكيم في المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٢٢٤ ، ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعي - النظام العام ، والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٨ ، ومابعدها ، علي سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ١٩١ ، ومابعدها .

^(١) في دراسة الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للإتفاق على التحكيم " الدفع بالتحكيم " ، والخلاف الفقهي بصدد تحديد طبيعتها القانونية ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣٥ ، ومايلي ، ص ١١٥ ، ومابعدها ، وأشار إليه من مراجع ، وأحكام في الهوامش الملحقه ، علي سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ١٩١ ، ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعي - النظام العام ، والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٨ ، ومابعدها .

الوضعي المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم فـى المواد المدنية ،
والتجارية على أنه :

" يجوز للمحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب
أحد طرفى التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة ، أو تحفظية سواء قبل البدء فى إجراءات
التحكيم أو أثناء سيرها " .

كما يكون للقضاء العام فى الدولة دورا فى اختيار أعضاء هيئة التحكيم " المادة (١٧)
من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد
المدنية ، والتجارية " ، وفى ردهم " المادة (١٩) من القانون الوضعى المصرى رقم
(٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " ، وفى تنذيل
العناوين التى تعرض مباشرتهم لمهمتهم " المواد (٢٠) ، (٢١) ، (٢٤) من
القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية
، والتجارية " ، وفى إجراءات تحقيق الدعوى أمامهم " المادة (٣٧) من القانون
الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ،
والتجارية " ، وفى رقابة مدى التزامهم بأحكام القانون الوضعى " المادتان (٤٥) ،
(٥٤) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى
المواد المدنية ، والتجارية " ، وفى الأمر بتنفيذ ما يصدر عنه من أحكام " المواد (٥٦)
، وما بعدها من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم
فى المواد المدنية ، والتجارية " (١) .

(١) ويعتمد القانون الوضعى الفرنسى حلالا مقاربة للحلول المعتمدة فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر

FOUCHARD (P .) : Coopération du président du T . G . I . a
l'arbitrage , Rev . Arb . 1989 , 5 ; COUCHEZ : Refere et arbitrage
, Rev . Arb . 1986 ; BERTIN : Refere et nouvel arbitrage , G . P .
1980 , 2 , Doct . 520 ; Civ . Ie , 6 Mars 1990 , Bull . Civ , 1990 , I , N
. 64 ; Rev . Arb . 1990 , 635 , N . 1 et s .

بما أن هيئة التحكيم لا تتمتع بسلطة القضاء العام في الدولة ، فإنه لا يمكنها إتخاذ بعض الإجراءات في خصوص الإتفاق على التحكيم ، والمسائل التي ورد في شأنها ^١ :

لا تتمتع هيئة التحكيم بسلطة الجبر التي يتمتع بها القاضى العام في الدولة . ومن ثم ، فإنه لا يمكنها إتخاذ الإجراءات التالية ، ولا يكون أمامها عندئذ سوى الإلتجاء إلى القاضى العام في الدولة ، لاتخاذها :

(١) إجبار شاهد على الحضور ، والحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور ، أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين (٧٨) ، (٨٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ " المادة (٣٧ / أ) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " .

(٢) إجبار الغير على تقديم مستندات تحت يده .

(٣) توجيه اليمين - بناء على طلب أحد الخصوم فى التحكيم - إلى الخصم الآخر " المادة (٤ / ٣٣) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " .

(٤) طلب الإنابة القضائية " المادة (٣٧ / ب) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " .

الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو أداة التمسك بالجانب السلبى للحق فى التحكيم :

الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو أداة التمسك بالجانب السلبى للحق فى التحكيم ، فهو الوسيلة التى تخولها الأنظمة القانونية الوضعية للمدعى عليه أمام القضاء العام فى الدولة للتمسك بوجود الإتفاق على التحكيم . ومن ثم ، حقه فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بغرض منع القضاء العام فى الدولة من السير فى إجراءات الفصل فيه . فباتفاق الأطراف المحتكمون على الإلتجاء إلى نظام

١ - فى دراسة القيود الواردة على سلطة هيئة التحكيم ، حرمانها من سلطة الجبر التى يتمتع بها القاضى العام فى الدولة ، أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٨٩ ، ومايليه ، ص ٣٨٩ ، ومابعدها .

التحكيم ، للفصل في المنازعات التي تدخل أصلاً في الولاية القضائية المقررة للقضاء العام في الدولة ، فإنه يتمتع عليهم عندئذ الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة ، للفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، كما أنهم وباتفاقهم على الإلتجاء إلى نظام التحكيم يمنعون القضاء العام في الدولة من نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا رفعت إليه من قبل أحدهم ، إذ أنه يكون للطرف الآخر في الإتفاق على التحكيم أن يدفعها بوجود الإتفاق على التحكيم .

وإذا كان الإتفاق على التحكيم يؤدي إلى منع القضاء العام في الدولة من نظر النزاع موضوعه ، ويمنح المدعى عليه الحق في منع هذا القضاء من نظره ، إن رفع إليه من قبل خصمه ، عن طريق إيداع دفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، فإن على القضاء العام في الدولة متى تبين له جدية الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، وابتناؤه على صحيح القانون أن يتمتع عن نظره .

ويؤدي الإتفاق على التحكيم إلى منع القضاء العام في الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، وهذا الأثر المانع يترتب على مجرد الإتفاق على التحكيم ، وليس على رفع الأمر بالفعل إلى القضاء العام في الدولة ^(١) .

ولا يكون منع القضاء العام في الدولة من نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلا إذا كان تنفيذ التحكيم ممكناً ^(٢) ، فإذا استحال عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم

(١) أنظر :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : op . cit . , P . 104 et s .

وانظر أيضاً : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - ص ٢٧١ ، ٢٧٢ ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣٤ ، ص ١١٥ ، عاطف الفقى - التحكيم في المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٢٥٦ .

(٢) أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٠/٤/١٤ - مجموعة الكتب الفقى - السنة (٢١) - العدد الثاني - الطعن رقم (٥١) - لسنة (٣٦) - ص ٥٩٩ . مشارا لهذا الحكم لدى : أمينة النمر - قوانين المرافعات - الكتاب الثالث - ١٩٨٢ - منشأة المعارف بالإسكندرية - بند ٨٦ ، ص ١٥٣ - الهامش رقم (٥٣) ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري ، والإجباري - ط ٥ - ١٩٨٨ - بند ٤٦ (م) ص ١٣٢ - الهامش رقم (٣) ، محمد محمود إبراهيم - أصول التنفيذ الجبري - ١٩٩٤ - ص ٨٦ - الهامش رقم (٢) ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣٤ ، ص ١١٥ - الهامش رقم (٢) .

على هيئة التحكيم ، كان لصاحب الشأن الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة ، باعتباره صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل في جميع المنازعات التي قد تنشأ بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة - وأيا كان موضوعها - إلا ما استثنى بنص قانوني وضعي خاص ^(١) .

الخلافاً في الفقه ، وأحكام القضاء بصدد تحديد الطبيعة القانونية للدفع بالتحكيم :

ثار الخلاف في الفقه ، وأحكام القضاء حول تحديد الطبيعة القانونية للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، وهل هو دفعا بعدم الإختصاص ؟ ، أم دفعا بعدم القبول ؟ ^(٢) ، أم أنه ذلك ؟ ، فمن قائل أنه دفعا بعدم الإختصاص ، ومن قائل أنه دفعا بعدم القبول ، ومن أنه غير ذلك ، وقد انعكس هذا الخلاف على لغة التشريع المقارن ، كما سوف يتضح من خلال الشروح التالية .

إتجاهان رئيسيان بارزان حول طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم في الفقه ، وأحكام القضاء :

الإتجاهان الرئيسيان البارزان حول طبيعة الدفع بوجود إتفاق على التحكيم في الفقه وأحكام القضاء هما :

وانظر أيضاً في نفس المعنى : نقض مدون مصري - جلسة ١٩٧٥/٣/٥ - ٢٦ - ٥٧٥ . مشاراً لهذا الحكم لدى : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - الإشارة المقدمة .

وفي بيان موانع اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : عاطف الفقي - التحكيم في المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٢٥٦ ، وما بعدها .

(١) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣٤ ، ص ١١٥ .

(٢) في بيان ضابط التفرقة بين الدفع بعدم الإختصاص ، والدفع بعدم القبول ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣٦ ، ص ١٢٠ ، وما بعدها .

الإتجاه الأول - أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوعه (١) :

١ - أنظر في الفقه الفرنسي المؤيد لاعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوعه :

GLASSON , TISSIER et MPREL : op . cit . , N. 1816 ;
MOREL (RENE) : op . cit . , N . 721 , P . 549 ;
RUBELLIN - DEVICHI : La nature juridique de l'arbitrage ,
N. 178 , N . 271 ; JEAN - VINCENT : Procedure civile , dix -
neuvieme edition , 1978 , Dalloz , Paris , N. 813 , P. 1044 ;
VINCENT (JEAN) , GUINCHARD (SERGE) :
Procedure civile , 2e ed , Paris , Dalloz , 1981 , N. 369 , P. 163 , 22e
ed . 1991 , N . 1369 ; Civ 1er Oct et 6 Nov . 1990 , G. P. 1991. Som .
348 obs ; JEAN - ROBERT : Arbitrage civile et commercial ,
cinquieme edition , 1983 , Dalloz , N. 122 , P . 103 ; Repertoire De
Droit civil , N. 217 ; Repertoire De Droit commercial , 90 ;
Repertoire De Droit procedure civile , N. 111 ; CROZE et
MOREL : Rev . arb . 1991 , 73 ; Com . 10 Juin , 1986 , Rev . arb
, 1986 , Note : P. BLOCHE ; 12 Fev , 1985 , P . 1985 , 225 , obs :
BLOCHE .

ومن أحكام القضاء التي صدرت في فرنسا ، وأخذت بالإتجاه القائل باعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوعه ، أنظر :

JEAN - VINCENT , GABRIEL MONTAGNIER , ANDRE
VARIARD : La justice et ses institutions , deuxieme edition , 1985
, Dalloz , N. 813 , P. 1044 ; Repertoire de Droit procedure civile ,
N . 111 et s ; Repertoire de Droit commercial , N. 92 et s .

وراجع الفقه الإيطالي المؤيد لاعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة
بنظر النزاع موضوعه ، والمشار إليه لدى : فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ط ١ -
١٩٨٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٩٣١ - هامش رقم (٢) ، ط ٢ - ١٩٨٦ - ص ٩٠١
- هامش رقم (٢) ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - الجزء
الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩٠ - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند ٨٥ ، ص ٢٥٠ - هامش
رقم (١) ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط ٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ، ص ٢٢٥ - هامش
رقم (٣) .

وانظر في أحكام القضاء الإيطالي المؤيدة لاعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوعه ، والمشار إليها لدى : جردى واغب فهمى - طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم - ورقة عمل مقدمة في مؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش في الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٨٧ ، ضمن مجموعة أبحاث المؤتمر ، والتي أعدها ، وجمعها الأستاذ الدكتور / أحمد جامع - ١٩٨٨ - المطبعة العربية الحديثة بالقاهرة - ص ١٠٤ - الهامش رقم (١٣) .

وانظر في الفقه المصرى الذى اعتبر الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوعه : عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات - ص ٦٦٢ ، رمزى سيف - قواعد تنفيذ الأحكام - بند ٦٥ ص ٦٨ ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - ص ٧٤٧ ، أحمد أبو الوفا - نظرية الدفع في قانون المرافعات - ط ٦ - ١٩٨٠ - منشأة المعارف بالإسكندرية - بند ١١ ص ٢٩ ، ٣٠ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٣٨ ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، محمد شوقى شاهين - الشركات المشتركة - ص ٤٨٧ ، ٤٨٨ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة في مصر - ص ٤١٤ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ٨٦ ص ٢٦٢ . حيث يرى سيادته أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة وتطبيقا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لأنه لا يتعلق بشروط الدعوى القضائية . ومن ثم ، فإن الدعوى القضائية التى يرفعها المدعى أمام القضاء العام في الدولة بخصوص النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تكون مقبولة ، لتوافر شروطها .

وتكشف أحكام محكمة النقض المصرية عن اعتمادها لاعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوعه ، فهي تعترف بالأثر المنشئ للإتفاق على التحكيم في قيام اختصاص المحكم ، أو هيئات التحكيم ، وهو ما يقيّد بالتبعية لذلك من اختصاص القضاء العام في الدولة بنظر النزاع موضوعه ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٩/١٠/٢٩ - المجموعة ١٠ - ٦٠٥ ، ١٩٦٦/٥/٢٤ - المجموعة ١٧ - ١٢٢٣ ، ١٩٦٩/٤/١٠ - المجموعة ٢٠ - ٥٨٨ ، ١٩٧٠/٤/١٤ - المجموعة ٢١ - ٥٩٨ ، ١٩٧٣/٢/٨ - المجموعة ٢٤ - ١٦٩ ، ١٩٧٣/٤/١٤ - المجموعة ٢٤ - ٦٠٢ ، ١٩٧٤/٥/١٢ - المجموعة ٢٥ - ٨٥٩ ، ١٩٧٤/١١/٣٠ - المجموعة ٢٥ - ١٥٠٦ ، ١٩٧٦/١/٦ - المجموعة ٢٧ - ١٣٨ ، ١٩٧٧/٤/٥ - المجموعة ٢٨ - ٢٩٣٢ ، ١٩٧٧/٥/١٦ - المجموعة ٢٨ - ١٢٠٨ ، ١٩٧٨/٣/٢٨ - المجموعة ٢٩ - ٨٧٩ ، ١٩٧٩/٣/٢٧ - المجموعة (٣٠) - العدد الأول - ١٩٤١ ، ١٩٨١/١/١١ - مجموعة القواعد (نادى القضاة) - ١ - ١ - ٣٨٣ - ٩٥٠ ، ١٩٨١/١/١٩ - مجموعة القواعد ١ - ١ - ٣٨٥ - ٩٥١ ، ١٩٨٢/١/١٨ - الطعن رقم (٦١٥) - لسنة (٤٨) ق ، ١٩٨٢/٣/٣٠ - الطعن رقم (١٦٨) - لسنة (٤٩) ق ، ١٩٨٢/٥/٢٠ - الطعن رقم (٦٠٠) - لسنة (٤٨) ق .

وأنظر في أحكام محكمة النقض المصرية في اعتمادها لاعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر الراجع موضوعه ، والمشار إليها لدى : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣٧ ، ص ١٢٦ - الهامش رقم (٣) ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ، ص ٢٢٦ - الهامش رقم (٣) ، أشرف عبد العليم الرفاعي - النظام العام ، والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٩ ، ومابعداها ، والهوامش الملحقه .

ويلاحظ أن التصور المعتمد من قبل محكمة النقض المصرية بخصوص طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو ما استقرت عليه كذلك بالنسبة للتحكيم في منازعات القطاع العام ، أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٨٧/١٢/١٠ - في الطعن رقم (١٠٦٧) - لسنة (٥٢) ق ، ١٩٨٧/٤/٨ - في الطعن رقم (٦٢٢) - لسنة (٥٢) ق ، ١٩٨٧/١/٥ - في الطعين رقم (٢٢٤٣) ، ٢٣٦٥ - لسنة (٥٢) ق ، ١٩٨٥/١٢/٣ - في الطعن رقم (٣٣٧) - لسنة (٥٢) ق ، ١٩٨١/١/١٩ - س (٣٢) - ص ٢٣٠ ، ١٩٨٠/٢/٢ - في الطعن رقم (٣٣٩) - لسنة (٥٢) ق ، مشارا هذه الأحكام القضائية لدى : محمود محمد هاشم - الإشارة المقدمة . وراجع كذلك الأحكام المشار إليها لدى : سامية راشد - التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة - بند ٤٠ ، ص ٨٦ ، ٨٧ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ٨٥ ، ص ٢٥٣ - الهامش رقم (٣) ، أسامة الشناوي - المحاكم الخاصة في مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤١٥ - الهامش رقم (١) .

وقد تبنت بعض القوانين الوضعية هذا التصور ، أذكر منها : المادة (١٤٥٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، والصادرة بالمرسوم رقم (٨١) - في ١٩٨١/٥/١٢ ، بشأن التحكيم ، والتي تنص على أنه :

" إذا رفع أمام قضاء الدولة نزاعا إتصلت به محكمة تحكيم بمقتضى اتفاق تحكيم ، فيجب على هذا القضاء إعلان عدم اختصاصه . أما إذا كان الراجع لم يتصل بعد هيئة التحكيم ، فعلى القضاء إعلان عدم اختصاصه ، طالما أن اتفاق التحكيم ليس واضحا بطلانه " .

ومفاد النص المتقدم ، أن القضاء العام في الدولة يلتزم بالحكم بعدم اختصاصه بنظر الراجع المعقود بشأنه إتفاقا على التحكيم ، وقد فرقت مجموعة المرافعات الفرنسية في هذا الشأن بين أمرين : الأمر الأول - عرض الراجع بالفعل على محكمة التحكيم ، بناء على اتفاق بالتحكيم في خصوصه ، سواء كان في صورة شرط للتحكيم ، أم في صورة مشاركة تحكيم : فإن عرض هذا الراجع على القضاء العام في الدولة ، كان عليه القضاء بعدم الإختصاص ، بناء على دفع مقدم إليه ، قبل إبداء أى دفاع في الدعوى القضائية .

والأمر الثاني - إذا لم يكن الراجع موضوع الإتفاق على التحكيم قد عرض على محكمة التحكيم بعد ، ولكنه عرض على القضاء العام في الدولة : كان على الأخير أيضا الحكم بعدم الاختصاص ، إلا إذا كان اتفاق التحكيم ظاهرا بطلانه .

فالتفرقة في مجموعة المرافعات الفرنسية تكون قائمة بين حالة رفع الدعوى أمام القضاء العام في الدولة بعد ، أو قبل اتصال هيئة التحكيم بالراجع موضوع الإتفاق على التحكيم . ففي الحالتين ، يتحتم الحكم بعدم الاختصاص ، وفي حالة رفع الدعوى القضائية بعد اتصال هيئة التحكيم بالراجع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يتحول القاضى العام في الدولة إمكانية عدم الحكم بعدم الاختصاص ، والتصدي للموضوع ، إذا تبين له البطلان الظاهر للإتفاق على التحكيم - كحالة خلو شرط التحكيم من تسمية أعضاء هيئة التحكيم ، أو بيان أسلوب اختيارهم ، أو خلو مشاركة التحكيم من تحديد موضوع الراجع . وتنص المادة (١٤٤٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية أن لرئيس المحكمة الابتدائية إعلان عدم وجود محل لتشكيل محكمة التحكيم ، إذا تبين له أن شرط التحكيم كان ظاهرا في بطلانه ، أو غير كاف للسماح بإجراء التشكيل .

كما تنص المادة (١/١٤٥٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية على إلزام المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص بنظر نزاع ، إتصلت به محكمة التحكيم ، بملفتضى اتفاق تحكيم . أما إذا لم تكن المحكمة قد اتصلت بالراجع ، فلا يحكم القضاء العام في الدولة بعدم الاختصاص ، إذا تبين له بوضوح بطلان الإتفاق على التحكيم ، ويلزم في جميع الأحوال تمسك أحد الأطراف بالإتفاق على التحكيم ، فالقضاء في مثل هذه الأحوال لا يحكم تلقائيا بعدم اختصاصه .

فالمرجع الوضعى الفرنسى يعطى القاضى العام في فرنسا إمكانية رفض الحكم بعدم الاختصاص ، إذا تبين له بطلان الإتفاق على التحكيم ، رغم إقراره لمبدأ الاختصاص بالاختصاص . وكذلك ، إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ، بشأن الإعراف بأحكام التحكيم الأجنبية ، وتنفيذها ، والتي تلزم قضاء الدول بالحكم بالإحالة لوجود شرط التحكيم ، إذا تبين لها بطلان هذا الشرط (المادة الثانية في فقرتها الثالثة) . وفي دراسة الستحق من البطلان الظاهر للإتفاق على التحكيم ، قبل عرض الراجع موضوعه على هيئة التحكيم ، والتوسع في نطاق سلطة المحكمة في تقدير البطلان الظاهر للإتفاق على الحكم ، وعصائص هذا ، ومدى إمكانية قبول الدعوى الوقائية ببطلانه ، أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 84 et s .

وانظر أيضا : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ط ١ - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٢١٣ ، وما بعدها ، مختار أحمد بريوى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٢ ، ص ٤٦ ، وما بعدها .

كما أشار الأستاذ الدكتور / وجدى راغب فهمى في بحثه طبيعة الدفع بالتحكيم - ص ١٠٥ إلى نص المادة (٥/١٧٣) من قانون المرافعات الكويتى ، والتي تنص على أنه :

ويسود هذا الإتجاه فى فرنسا ، وإيطاليا ، وتبناه المشرع الوضعى الفرنسى صراحة فى المادة (١٤٥٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية .

والإتجاه الثانى - أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم القبول (١) :

" لا تختص المحاكم بنظر المنازعات التى اتفق على التحكيم فى شأنها ، ويجوز اللجوء عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة أو ضمنا " . كما أشار سيادته - فى نفس المرجع - لنص المادة (٨٢٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبائى ، والمضى نص على أنه :

" الفقرة التحكيمية تميز للطرف الذى استحضر بغير حق لدى إحدى المحاكم أن يتلوع بالدفع المعروف " بدفع الاصلاحية " ، وهو التعريف المستخدم فى القانون اللبائى للدفع بعدم الاختصاص . ومشار إليها كذلك لدى : على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٢٠١ .

١ - فى اعتماد تصور إعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية فى بعض أحكام محكمة النقض المصرية ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠ - الطعن رقم (٢٧٦) - لسنة (٤١) ق ، ١٩٨٦/١٠/٢٦ - الطعن رقم (٢١٩٩) - لسنة (٥٢) ق . ولقد قضى فى هذا الحكم الأخير بنقض الحكم القضائى المطعون فيه ، لالتفاته عن دفاع جوهرى يكشف عن عدم خضوع الراعى لنظام التحكيم ، وقضائه بعدم قبول الدعوى القضائية ، لسبق الإتفاق على التحكيم ، حيث قررت محكمة النقض المصرية فى هذا الحكم أنه : " الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية لوجود شرط التحكيم لا يعد دفعا موضوعيا ، وأنه إذا قضت محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى القضائية ، لوجود شرط التحكيم ، وحكم فى الإستئناف بإلغاء الحكم القضائى المطعون فيه ، وجب إعادة الدعوى القضائية إلى محكمة الدرجة الأولى ، للفصل فى الموضوع ، لأنها لم تستنفد بعد ولايتها فى نظر الدعوى القضائية ، بمقتضى حكمها القضائى السابق " . ومعنى هذا ، أن محكمة النقض المصرية قد اعتبرت فى هذا الحكم القضائى الصادر منها ، وغيره من الأحكام القضائية المماثلة ، والصادرة فى وقت لاحق ، أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعتبر دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية ، وليس دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر الراعى موضوعه ، وذلك على خلاف أحكامها القضائية الأولى ، والمضى كيف فيها الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم على أنه دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر الراعى موضوعه ، غير متعلق بالنظام العام ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٦/١/٦ - المجموعة ٢٧ - ٨٣٨ . وبالرغم من أن محكمة النقض المصرية فى الحكم القضائى المشار إليه ، وفى غيره من الأحكام القضائية المماثلة - والصادرة منها - قد أوردت عبارة الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ، إلا أنها قد طبقت عليه أحكام الدفع الإجرائى ، غير المتعلق بالنظام العام ، إذ جرت فى أحكامها على أنه : " شرط التحكيم لا يتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، وإنما يتعين التمسك به أمامها ، ويجوز اللجوء عنه صراحة ، أو ضمنا ، ويسقط الحق فى إبداله فيما لو أثير متأخرا بعد الكلام فى الموضوع ، إذ معه السكوت عن إبداله قبل التكلم فى الموضوع نزولا ضمنا عن التمسك به . ومن ثم ، فإن الدفع

ويأخذ بهذا الإتجاه جانب كبير من الفقه فى مصر ، ومحكمة النقض المصرية . وكذلك ، المادة (١٣) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

والدفع **L'exception** بمعناه العام يطلق على كل وسائل الدفاع **moyens de defense** التى يقدمها الخصم فى الدعوى القضائية ، للإجابة على طلبات خصمه فيها ، بقصد نقادى الحكم له بها - سواء كانت موجهة إلى الخصومة القضائية ، أو إلى إجراءاتها ، أو موجهة إلى موضوع الحق المدعى به ، أو إلى سلطة الخصم فى استعمال دعواه القضائية ، منكرًا حقه فيها ^(١) .

بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لا يعد دفاعاً موضوعياً ، مما ورد ذكره فى المادة (١/١١٥) من قانون المرافعات المصرى " .

وقد وجد تصور إعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفاعاً بعدم قبول الدعوى القضائية اعتماداً على القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، فطبقاً لنص المادة (١٣) من هذا القانون ، فإنه :

" ١- يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إيدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى .

(٢) ولا يجوز رفع الدعوى المشار إليها فى الفقرة السابقة دون البدء فى إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم تحكيم " .

وانظر كذلك المادة (٢٣٦) من قانون المرافعات البحرى ، وغيرها من نصوص القوانين الوضعية العربية ، والسق اعتمدت التصور القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفاعاً بعدم قبول الدعوى القضائية ، وليس دفاعاً بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمشار إليها لدى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٨٦ ، ص ٢٥٦ .

^(١) فى دراسة أحكام الدفع بصفة عامة ، أنظر : أحمد أبو الوفا - نظرية الدفع فى قانون المرافعات - ط ١ - ١٩٨٠ ، ط ٢ - ١٩٨٨ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، أمينة مصطفى النمر - قوانين المرافعات - الكتاب الأول - ١٩٨٢ - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص ١١١ ، وما بعدها ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط ٢ - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٢٠٠ ، وما بعدها ، أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ط ٢ - ١٩٨٧ - دار النهضة

أما الدفع بمعناه الخاص في قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، فإنه هو الدفع الموجه إلى إجراءات الخصومة القضائية ، أو إلى سلطة المحكمة بشأنها ^(١) . وهي بصفة عامة ، الدفوع الإجرائية - كالدفع ببطلان صحيفة إفتتاح الدعوى القضائية ، أو الدفع بعدم اختصاص المحكمة ، وغيرها - أما وسائل الدفاع الموجهة إلى موضوع الدعوى القضائية ، فإنها تعرف بالدفوع الموضوعية . أما الوسائل التي ينكر بها الخصم على خصمه سلطته في استعمال الدعوى القضائية ، فتعرف بالدفوع بعدم القبول ^(٢) .

وفي كل من الدفع بعدم الاختصاص ، والدفع بعدم القبول يطلب المتمسك بالدفع من المحكمة عدم الفصل في الدعوى القضائية ، وإنما هو في الحالة الأولى ينكر عليها اختصاصها ، وولايتها في نظر الدعوى القضائية ، بينما في الحالة الثانية ينكر فقط سلطتها في سماع الدعوى القضائية . وبعبارة أخرى ، فإنه في الدفع بعدم الاختصاص يتمسك الخصم بمنع المحكمة من سماع الدعوى القضائية ، لأنها تخرج عن حدود ولايتها ، بينما في الدفع بعدم القبول ، يتمسك الخصم بمنع المحكمة من سماع الدعوى القضائية لسبب ما ، مع تسليمه باختصاصها القضائي بنظرها . فالتمسك بعدم الاختصاص يكون في حالة رفع الدعوى القضائية بالمخالفة لقواعد الاختصاص المقررة في القانون الوضعي ، بينما لا يخصل التمسك بعدم القبول إلا إذا أنكر الخصم سلطة خصمه في الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة ، مع تسليمه باختصاص المحكمة بنظر الدعوى القضائية المرفوعة إليها . وكثيرا ما تنقح التفرقة بين الدفع بعدم الاختصاص ، والدفع بعدم القبول ، لأن الخصم في كل منهما يتمسك بمنع المحكمة من نظر الدعوى القضائية ، ولهذا السبب ، يختلط الأمر في بعض الأحيان ، لأن تعبير الدفع بعدم الاختصاص يفيد - لغة - مدولا واسعا ، قد يتسع لكثير من الدفوع بعدم القبول . فيصح لغة أن يوصف الدفع بالحجية القضائية بأنه من الدفوع بعدم الاختصاص ، على تقدير أن المحكمة لا تختص بنظر دعوى سبق الفصل فيها . ويصح كذلك لغة أن يوصف للدفع برفع الدعوى القضائية بعد الميعاد المقرر قانونا

١١٧ ، وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ، ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ط١ - ١٩٨١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

(٢)

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - نظرية الدفوع في قانون المرافعات - ط٨ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١١ ، وما بعدها .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - الإشارة المقدمة .

لرفعها بأنه من الدفوع بعدم الاختصاص ، على تقدير أن المحكمة لا تختص بنظر الدعوى القضائية ، إذا رفعت إليها بعد الميعاد المقرر قانونا لرفعها ، ويصح لغة أن يقال أن المحكمة لا تختص بدعوى الحيازة ، إذا بادر المدعى برفع دعوى المطالبة بأصل الحق .

أما إصطلاحاً ، فإنه لا بد من التحديد ، لأن مخالفة قواعد الاختصاص القضائي - أي القواعد التي توزع الاختصاص القضائي على المحاكم المختلفة - هي وحدها التي تنشئ دفعا بعدم الاختصاص ، بينما إنكار سلطة الخصم في الإلتجاء إلى القضاء - أي كانت المحكمة المرفوع إليها النزاع - هو وحده الذي ينشئ دفعا بعدم القبول ^(١) .

وقد حددت الأنظمة القانونية الوضعية إختصاص كل جهة قضائية " أي نصيبها من المنازعات التي يجوز لها أن تفصل فيها " ، واختصاص كل طبقة في الجهة القضائية الواحدة ، واختصاص كل محكمة فيها .

والإختصاص القضائي المتعلق بالوظيفة ، أو الولاية هو : نصيب كل جهة قضائية من ولاية القضاء ، وهو يتحدد حسب نوع الدعوى القضائية ، فالمنازعات الإدارية تخرج عن اختصاص جهة القضاء المادى ، لتختص بها جهة القضاء الإدارى . وأعمال السيادة تخرج عن اختصاص جميع المحاكم في الدولة .

والإختصاص القضائي النوعى *competence a raison de la matiere* هو : نصيب الطبقة الواحدة من طبقات جهة قضائية معينة من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها ، وهو يتحدد أيضا بحسب نوع الدعوى القضائية ، كما يتحدد بحسب قيمتها ، أو بحسب درجات التقاضى المقررة في الأنظمة القانونية الوضعية ، ومدى جواز النقيذ بها ، أو التحلل منها .

والإختصاص القضائي المطلق ، أو المركزى *competence territoriale ou de siege du tribunal competence a raison* هو : نصيب المحكمة الواحدة من القضاء العام في الدولة ، ويتحدد بمراعاة موطن الخصوم ، وبمراعاة مركز المحكمة . والدعوى القضائية هي : سلطة الإلتجاء إلى القضاء ، للحصول على تقرير حق ، أو حمايته ، أو الوصول إلى احترام القانون ^(٢) .

^(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - المحكم الإختيارى ، والإجبارى - ط ٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٤٤ ، ص ١٢٣ ، وما بعدها .

^(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - نظرية الدفوع في قانون المرافعات - ص ٢٢٦ ، وما بعدها ، المرافعات المدنية والتجارية - ص ١١٦ ، وما بعدها .

وهناك شروطاً عامة مقررة لقبول الدعوى القضائية ، وأيضاً هناك شروطاً أخرى قد تقررها الأنظمة القانونية الوضعية بالنسبة لبعض الدعاوى القضائية الخاصة ، وبغير توافر هذه الشروط ، وتلك ، يتمتع على المحاكم نظراً للدعوى القضائية ، أو تحكم بعدم جواز سماعها ، أو عدم جواز نظرها ، أو عدم قبولها . فتخلف شرطاً من شروط قبول الدعوى القضائية ينشئ دفعا بعدم قبولها **Fin de non recevoir ou de non valoir ou de non proceder** .

والدفع بعدم الاختصاص مجاله عندما ترتكب مخالفة لقواعد الاختصاص القضائي الشكلية ، والمقررة في الأنظمة القانونية الوضعية ، فترفع الدعوى القضائية إلى محكمة لا تختص بها ، وإنما تدخل في اختصاص محكمة أخرى ، أو جهة قضائية أخرى ، أو لا تختص بها أية محكمة من المحاكم ، أو تختص بها فقط لجان إدارية ذات اختصاص قضائي ، أو لجان قضائية .

ويكون مجال الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية - أي بانتفاء سلطة الخصم في الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة - عندما تكون المحكمة المختصة بنظر الدعوى القضائية ، وفقاً للقواعد الشكلية المقررة في الأنظمة القانونية الوضعية ، وإنما تكون سلطتها منقضية ، لتخلف شرطاً عاماً من الشروط المقررة في الأنظمة القانونية الوضعية لقبول الدعاوى القضائية ، أو لتخلف شرطاً من الشروط المقررة لقبول الدعاوى القضائية بالذات ، وسائر هذه الشروط العامة ، أو الخاصة تكون متصلة بعنصر من عناصر الحق ، لأن الحق هو مصلحة يحميها القانون ، ومن الطبيعي أنه إذا قيدت الأنظمة القانونية الوضعية هذه الحماية ، فإن هذا القيد يرد على ذات سلطة الخصم في الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة ، ولاشأن له على وجه الإطلاق بأمر اختصاص المحكمة بنظر الدعوى القضائية ، أو عدم اختصاصها بها .

والدعوى القضائية ، أو سلطة الخصم في الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة يكون أمراً موضوعياً بحتاً ، فالقانون الموضوعي هو الذي يحدد مدى جواز الإلتجاء إلى القضاء ، لحماية الحق .

وحل مسألة طبيعة الدفع بوجود الإلتفاق على التحكيم لا تقتصر على الأهمية النظرية فقط ، بتحديد إلى أي نوع من أنواع الدفوع ينتمي الدفع بوجود الإلتفاق على التحكيم ، وإنما هذا الأمر تكون له أهمية عملية بالغة ، من حيث تحديد القواعد التي يخضع لها الدفع بوجود الإلتفاق على التحكيم ، من حيث وقت إيداعه ، وقت الفصل فيه ، وقوة الحكم القضائي الصادر فيه ، وهل يخضع في ذلك لقواعد الدفوع الإجرائية ؟ أم لقواعد الدفوع بعدم

القبول ؟ ^(١) ، ذلك لأن كل نوع من الدفع له قواعد خاصة تحكمه ، باعتبار أن الدفع بعدم الاختصاص يدخل في طائفة الدفع الشكلية ، أو الدفع الإجرائية البحتة ، وهي تقابل الدفع الموضوعية . بينما يعد الدفع بعدم القبول نوعا ثالثا من الدفع ، ويخضع كل نوع من هذه الدفع لقواعد قانونية خاصة به .

فيجب أن يبدى الدفع الإجرائي قبل الكلام في موضوع الدعوى القضائية ، إذ توجب المادة (١٠٨) من قانون المرافعات المصري إيداء الدفع الإجرائية معا قبل التكلم في موضوع الدعوى القضائية ، أو الدفع بعدم القبول ، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ، كما يجب إيداء مالم يسقط منها في صحيفة الطعن ، مالم يكن الدفع متعلقا بالنظام العام . ويجوز إيداء الدفع الموضوعية في أية حالة تكون عليها الدعوى القضائية ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، وهو مانصت عليه المادتان (١٢٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (١١٥) من قانون المرافعات المصري بالنسبة للدفع بعدم القبول ، حيث أجازنا إيداء الدفع بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى القضائية ، مع عدم الإخلال بالحكم بالتعويضات إن كان لها وجه على من يعتمد التمسك به متأخرا ، بقصد تأخير نظر الدعوى القضائية .

وتكون لكل نوع من أنواع الدفع الإجرائية ، والدفع بعدم القبول أحكاما خاصة بها من حيث وقت الفصل فيها . فتفصل المحكمة في الدفع الإجرائي على استقلال ، وقبل الفصل في موضوع الدعوى القضائية ، إلا إذا رأيت أن الدفع يرتبط بموضوع الدعوى القضائية ، فإنها تقرر ضمه . بينما لا تلتزم المحكمة بأن تفصل في الدفع بعدم القبول على استقلال ، وإنما تفصل فيه مع موضوع الدعوى القضائية ^(٢) .

ولكل نوع من أنواع الدفع الإجرائية ، والدفع بعدم القبول أحكامه الخاصة ، من حيث قوة الأحكام القضائية الصادرة فيها . فالحكم القضائي الصادر في الدفع الإجرائي لا يستفد سلطة محكمة أول درجة بالنسبة لموضوع الدعوى القضائية ، لأنه غير فاصل فيه ،

^(١) في بيان الأهمية النظرية ، والعملية لتحديد طبيعة الدفع بوجود الإتيان على التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتيان التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣٥ ، ص ١١٧ ، وما بعدها .

(٢) عكس هذا : وجدى راغب فهمي - مبادئ - ص ٤٢٤ . حيث يرى سيادته أنه مادام أن المشرع الوضعي قد سكت عن تحديد وقت الفصل في الدفع بعدم القبول ، فإن وظيفته تقتضي الفصل فيه على استقلال ، وقبل الفصل في موضوع الدعوى القضائية .

ولا يمنع من أن ترفع الدعوى القضائية من جديد . ولذا ، فإنه إذا ألغته المحكمة الإستئنافية ، فإنها لاتفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، وإنما تعيد القضية لمحكمة أول درجة ، للفصل فيه ، حتى لاتفوت على المتقاضين إحدى درجتى التقاضى ، بالنسبة لموضوع الدعوى القضائية ^(١) .

بينما يستنفذ الحكم القضائى الصادر فى الدفع الموضوعى من محكمة أول درجة سلطتها ، فإذا ألغته محكمة الإستئناف ، فإنها تنظر موضوع الدعوى القضائية ، والذي سبق وأن فصلت فيه محكمة أول درجة .

وفيما يتعلق بالحكم القضائى الصادر من المحكمة بعدم قبول الدعوى القضائية ، فإن المسألة تكون محل خلاف ، فيما يتعلق باستنفاده لسلطة محكمة أول درجة فى موضوع الدعوى القضائية - من عدمه ، فبينما تصر محكمة النقض المصرية - وقد أبدتها فى ذلك جانب من الفقه - على أنه يستنفذ سلطة محكمة أول درجة فى موضوع الدعوى القضائية ^(٢) ، بحيث إذا ألغته المحكمة الإستئنافية ، وجب عليها أن تتصدى للفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، والذي سبق وأن فصلت فيه محكمة أول درجة ^(٣) ، يؤكد الرأى الراجح فى الفقه أنه لا يستنفذ هذه السلطة ، وأن على محكمة الإستئناف إذا ألغته أن تعيد

^(١) فى دراسة أحكام الدفوع الإجرائية ، ونظامها القانونى ، أنظر : نبيل إسماعيل عمر - المرافعات المدنية والتجارية - ط ١ - ١٩٨١ - منشأة المعارف بالإسكندرية - بند ٥٣٣ ، ومابليه ، ص ٥٩٩ ، ومابعدهما ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط ٢ - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٧٩ ، ٢٨٠ ، ص ٥٤٨ ، ومابعدهما ، عبد الباسط جمبى ، عزمى عبد الفتاح - الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ط ١ - ١٩٨٧ - ص ٢٠٧ ، ومابعدهما ، وجدى راغب فهمى - مبادئ القضاء المدنى - ط ١ - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٤١٣ ، ومابعدهما .

^(٢) راجع أحكام محكمة النقض المصرية ، والتي ترى أن الحكم القضائى الصادر بعدم قبول الدعوى القضائية يستنفذ سلطة محكمة أول درجة فى موضوع الدعوى القضائية : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥١/٥ - س (٢١) - ص ٧٧٥ ، ١٩٦٧/٦/٢٢ - س (١٨) - ص ١٣٣٩ ، ١٩٦٨/٢/٢٨ - س (١٩) - ص ٤٠٩ ، ١٩٨٠/٢/٢٣ - س (٣١) - ص ٥٨٨ ، ١٩٨٠/٤/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى - س (٣١) - ص ١٢٢٣ ، ١٩٨٣/٣/١٥ - س (٢٩) - ص ٧٥١ .

^(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٧/٢/٢ - الطعن رقم (٣٢٥) - س (٣٠) ق (١٨ ، ١٩٧٤/١٢ - س (٢٥) - ص ١٥١٩ ، ١٩٧٤/٢/٥ - س (٢٥) - ص ٢٨٥ .

الدعوى القضائية إلى محكمة أول درجة ، والتي حكمت بعدم قبول الدعوى القضائية ، ولم تفصل في موضوعها بعد (١) .

ويستلزم الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية بتعلق بالنظام العام . ومن ثم ، فإنه يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، إلا إذا كان سبب عدم القبول هو التقادم ، فينقلب الدفع هنا إلى دفع موضوعي ، يجب التمسك به من صاحب المصلحة فيه (٢) .

وهناك اتجاهات أخرى مغايرة حول طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم . فيرى جانب من الفقه أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو دفعا بنقص في ولاية المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوعه - لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم - ، بحيث لا يتناول موضوع الدعوى القضائية ذاتها ، طالما كان الاتفاق على التحكيم صحيحا (٣) .

(١) أنظر في هذا الرأي : محمد ، وعبد الوهاب العشماوي - قواعد المرافعات - الجزء الثاني - ١٩٥٧ - مطبعة الآداب بالقاهرة - - بند ٧٨٨ ، ص ٣٠٧ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - - ط ١٤ - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٢٠٩ ، ص ٣٣٣ ، نبيل إسماعيل عمر - أصول المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٢٠٧ ، ص ٣٣٢ ، وجدي واغب فهمي - مبادئ الخصومة المدنية - دار الفكر العربي بالقاهرة - ص ٤٢٦ ، فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ط ٣ - ١٩٩٣ - بند ٢٨٧ ، ص ٣٩٤ .

٢ - في دراسة أحكام الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ، أنظر :

MOHAMMED ABDEL KHALIK : La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire prive , These . Paris , 1987 , spécialement : P. 200 et s .

وانظر أيضا : نبيل إسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ، ونظامه القانوني - ط ١ - ١٩٨١ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٣٠ ، وما يليه ، ص ٤٣ ، وما بعدها ، بند ١١٨ ، وما يليه ، ص ١٨٥ ، وما بعدها ، أصول المرافعات المدنية ، والتجارية - ط ١ - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٥١٤ ، وما يليه ، ص ٥٧٧ ، وما بعدها ، بند ٥٤١ ، وما يليه ، ص ٦١٣ ، وما بعدها ، أحمد أبو الوفا - نظرية الدفع في قانون المرافعات - ط ٦ - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية . وبصفة خاصة ، ص ١١٦ ، وما بعدها ، أحمد حنيش - الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات - كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - ١٩٨٦ - وخاصة - ص ٩٥ ، وما بعدها ، فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ط ٢ - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٨١ ، وما يليه ، ص ٥٥٦ ، وما بعدها . (١) أنظر : على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٢٠٨ ، وما بعدها .

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا إجرائيا بطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعي ، هو عدم قابلية الطلبات التي تتضمنها صحيفة إفتتاح الدعوى القضائية لأن تكون محلا للمطالبة القضائية ، بسبب الإتفاق على التحكيم بخصوصها ، وهو ما يؤدي إلى بطلان المطالبة القضائية ^(١) .

ويرتّب أنصار الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا إجرائيا بطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعي " عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لها " النتائج التي تترتب على الدفوع الإجرائية على الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ^(٢) ، ومن أهمها ^(٣) : أن الحكم القضائي الصادر في الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعتبر حكما قضائيا صادرا بطلان المطالبة القضائية ، أو بصحتها ، وتطبق عليه قواعد البطلان الخاص ، إعتبارا بأنه يكون غير متعلق بالنظام العام . وكذلك ، بطلان كافة الإجراءات اللاحقة على المطالبة القضائية ، إذا حكم ببطلانها ، فضلا عن عدم استعمال معيار الغاية في هذا الشأن ، أي أنه لاملح لتطبيق نص المادة (٢٠) من قانون المرافعات المصري ، والتي تنص على أنه :

" يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه ، أو إذا شابته عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء .

ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء " .

ولمّا كان الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعتبر دفعا غير متعلق بالنظام العام ، فإنه يخضع لقواعد البطلان الخاص ، والمنصوص عليها في المادتين (٢/٢١) ، (٢٢) من قانون المرافعات المصري . ومن ثم ، فإنه لا يجوز أن يتمسك به إلا من شرع لمصلحته ^(٤) أي الطرف الآخر في الإتفاق على التحكيم - ولا يجوز أن يتمسك به المدعي ، لأنه الخصم المتسبب في البطلان ، كما يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته -

^(١) أنظر : وجدى راغب فهمي - طبيعة الدفع بالتحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١١٤ ، وما بعدها .

^(٢) أنظر : وجدى راغب فهمي - طبيعة الدفع بالتحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٢٠ - ١٢٣ .

^(٣) في دراسة النتائج المترتبة على اعاد الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعي " عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لها " ، أنظر : وجدى راغب فهمي - طبيعة الدفع بالتحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

صراحة ، أو ضمنا . كما يترتب على الحكم القضائي الصادر ببطلان المطالبة القضائية ، بطلان كافة الإجراءات اللاحقة ، والمبنية عليها ، وزوال الخصومة القضائية ، باعتبارها أثرا للمطالبة القضائية الباطلة ^(١) .

وقد لاقت التأصيلات الشائعة في الفقه لطبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم من الإنتقادات ما يستعصى بعضها على الدحض ، والرد عليه ، مما أحدث إضطرابا في لغة القضاء ، والتشريع المقارن ، فقد رأينا أن المادة (١٤٥٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية قد اعتبرت الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوعه . بينما كان قانون المرافعات المصري - وفي نصوص التحكيم المصري الملغاة بواسطة القانون الوضعي المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية " المواد (٥٠١) - (٥١٣) - قد التزم الصمت إزاء تحديد الطبيعة القانونية للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم . على حين جاء القانون الوضعي المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية ، واعتبر الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية " المادة (١/١٣) " ، فضلا عن الإضطراب الذي حدث في لغة القضاء المقارن .

ونظرا لأن التأصيلات الشائعة في الفقه لطبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم قد لاقت من الإنتقادات ما يستعصى بعضها على الدحض ، والرد عليه ، مما أحدث إضطرابا في لغة القضاء ، والتشريع المقارن ، فإنه لايسعنا إلا أن نؤيد الإتجاه القائل باعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعي ، ألا وهو عدم قبول الطلبات التي تتضمنها لأن تكون محلا للمطالبة القضائية ، بسبب الإتفاق على التحكيم ، فهو دفعا يدخل في عداد الدفع الإجرائية ، ويأخذ طبيعتها ، وفي داخل الدفع الإجرائية يمكن تأصيله بأنه دفعا ببطلان المطالبة القضائية ، لتخلف عنصر موضوعي فيها .

(١) في دراسة النظام القانوني لبطلان الأعمال الإجرائية ، بسبب عيب موضوعي " عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لها " ، أنظر : فتحي والي - نظرية البطلان في قانون المرافعات - رسالة مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٥٨ - بند ٧٩ ، ص ١٥٦ ، بند ٢٠٦ ، وما يليه . ص ٣٨٥ ، وما بعدها ، وجدي راغب فهمي - مبادئ الخصومة المدنية - ص ٣٠٨ - ٣١٦ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - الجزء الأول - ١٩٧٤ - بند ٢٦٧ ، وما يليه .

وفى ترجيحنا للإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعي ، ألا وهو عدم قبول الطلبات التي تتضمنها لأن تكون محلا للمطالبة القضائية ، بسبب الإتفاق على التحكيم ، فإننا نعتد في ذلك على سلامة الأساس القانوني الذي يعتمد عليه ، ومنطقيته .

فالقاعدة التي أخذت بها أحكام القضاء تتمثل في وجوب إيداء الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم قبل الكلام في موضوع الدعوى القضائية ، وإلا سقط الحق في إيدائه ، وهذه القاعدة ، وذلك التأصيل للطبيعة القانونية للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم تستبعد التسليم بالإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعتبر دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية ، لأن الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية يجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الإجراءات ، طبقا لنص المادتين (١٢٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (١١٥) من قانون المرافعات المصري ، وهذا يخالف القاعدة التي أخذت بها أحكام القضاء ، وهي أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يجب إيدائه قبل الكلام في موضوع الدعوى القضائية ، وإلا سقط الحق في إيدائه .

كما أن محكمة النقض المصرية كانت قد قررت في بعض أحكامها أن الحكم القضائي الصادر في الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم لا يستند سلطة محكمة أول درجة في موضوع الدعوى القضائية ، وهذا الحكم لا ينطبق إلا على الدفوع الإجرائية البحتة . فضلا عن أن بعضا من التشريعات العربية ترتب على الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم أثرا إجرائيا بحتا ، ألا وهو وقف الإجراءات ، لحين صدور حكم التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

ونخلص من ذلك ، إلى أن تطبيق الضوابط الفنية للأفكار العامة في قانون المرافعات المدنية ، والتجارية . وكذلك ، الأحكام العملية المأخوذ بها في أحكام القضاء بالنسبة للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم تؤكد على اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا إجرائيا بحتا . وبالتالي ، ترتب على التكييف النتائج العملية المستخلصة من هذا التأصيل لطبيعته ، فتتص المادة (٥٤) من قانون الإجراءات المدنية السوداني على أنه :

" إذا كان هناك اتفاقا بالإحالة للتحكيم ، ورفعت دعوى من أحد الأطراف في ذلك الإتفاق ، أو من شخص يدعى عن طريقه بشأن أي مسألة اتفق على إحالتها للتحكيم ، جاز لأي خصم في الدعوى وفي أقرب فرصة ممكنة وقبل البدء في سماع الدعوى ، أن يطلب من المحكمة وقف الدعوى " .

كما تنص المادة (٦) من قانون التحكيم الأردني رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ على أنه :

" إذا شرع أحد فريقى التحكيم فى اتخاذ إجراءات قانونية أمام أى محكمة ضد الفريق الآخر بشأن أمر تم الإتيان على إحالته للتحكيم ، يجوز للفريق الآخر - قبل الدخول فى أساس الدعوى - أن يطلب من المحكمة أن تصدر قرارا بتوقيف الإجراءات " .
وتنص المادة (٢٥٣) من قانون المرافعات العراقى على أنه :

" إذا اتفق الخصوم على التحكيم فى نزاع ، ومع ذلك لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون الإعتداد بشرط التحكيم ، واعتراض الخصم فى الجلسة الأولى ، تقرر المحكمة إعتبار الدعوى متأخرة حتى يصدر قرار التحكيم " (١) .

وإذا كان فقه قانون المرافعات الحديث يميز بين الإجراءات - أى الخصومة من ناحية ، والدعوى القضائية من ناحية أخرى - حيث ينظر للإجراء بوصفه عملاً قانونياً يتضمن عناصر موضوعية ، وأخرى شكلية ، بحيث يترتب البطلان على تخلف إحداها ، مما يلزم الإعتراف بفكرة البطلان لعيب موضوعى ، بجانب البطلان لعيب شكلى . أما عدم قبول الدعوى القضائية ، فإنه يكون جزاء لتخلف الحق فى الدعوى القضائية ، أو التعسف فى استعمال الحق . بمعنى ، أن الإجراء القضائى يعد عملاً قانونياً ، تتكامل فيه العناصر الموضوعية ، والعناصر الشكلية . وبالتالي ، فقد أصبح من الممكن التسليم بفكرة بطلان الإجراء ، بسبب عدم قابلية المحل لأن يكون محلاً للمطالبة القضائية ، وهو ما ينطبق على الدفع بوجود الإتيان على التحكيم ، وإذا كانت هذه الفكرة تعد فكرة غير مألوفة ، لأن المجال المألوف للبطلان هو العيوب الشكلية للإجراء ، إلا أن هذا رأى قد أصبح مرجوحاً ، نظراً لأن فقه المرافعات الحديث قد أصبح ينظر للإجراء بوصفه عملاً قانونياً يتضمن عناصر موضوعية ، وأخرى شكلية ، بحيث يترتب البطلان على تخلف إحداها ، مما يلزم الإعتراف بفكرة البطلان لعيب موضوعى ، بجانب البطلان لعيب شكلى (٢) .

(١) راجع هذه النصوص القانونية الوضعية ، وغيرها من النصوص الواردة فى التشريعات الوضعية العربية فى نفس المعنى : أحمد أبو الوفا - التحكيم فى القوانين العربية - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالإسكندرية ص ٢٥٠ ، وما بعدها .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى - دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - العدد الأول - س (١٨) - ١٩٧٦ - ص ٧٩ ، وما بعدها . وبصفة خاصة ، بند ٤٦ ، ص ١٦١ .

المطلب الخامس

لا تتوافر المصلحة في الدعوى القضائية

إذا كان قد تم الصلح فيها ^(١)

قد يتفق الخصوم على حل النزاع فيما بينهم بالصلح - سواء عن طريق تقديم إتفاقا على الصلح يكون مكتوبا ، لتصدق عليه المحكمة ، أو عن طريق إجراء الصلح بواسطة المحكمة ، في حضور الخصوم في الدعوى القضائية ، واتباع الإجراءات المقررة قانونا للصلح - وبالصلح على النزاع ينحسم النزاع بين الخصوم في الدعوى القضائية ^(٢) ، فإذا جدد أحدهم الدعوى القضائية بشأن هذا النزاع ، أو ظل على دعواه القضائية أمام المحكمة ، رغم الصلح فيها ، لم يكن هذا جائزا ، وللطرف الآخر في الدعوى القضائية أن يدفع بالصلح ^(٣) . فمقتضى الصلح على النزاع ، هو منع إقامة الدعوى القضائية ، ومنع المحاكم من نظرها . ولهذا ، فهو يتعلق بسلطة الأشخاص في الإلتجاء إلى القضاء ، وسلطة المحاكم في نظرها ، أى يتعلق بقبول الدعوى القضائية . ومن ثم ، يكون الدفع بالصلح هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية ^(٤) .

ويكون شرط عدم وجود صلحا على النزاع لقبول الدعوى القضائية من تطبيقات شرط المصلحة فيها ، باعتبار أن الخصم الذى يقيم دعوى قضائية أمام المحكمة بشأن النزاع الذى تم الصلح عليه ، ليست له مصلحة فيها ، إذ لا يستفيد من الحكم القضائى له ، ولا يتميز به ، أى أنه ليس فى حاجة إلى الحماية القانونية ^(٥) ، غير أن هذا الشرط ليس

^(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤٩ ، ص ٢٣٣ .

^(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر - المرجع السابق - بند ١٤٩ ، ص ٢٣٣ .

^(٣) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

^(٤) أنظر : أمينة مصطفى النمر - المرجع السابق - بند ١٤٩ ، ص ٢٣٣ .

^(٥) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

من النظام العام . ونتيجة لذلك ، فإن الدفع بالصلح ليس من النظام العام ، ولا تقتضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، وإنما يجب التمسك به من أصحاب الشأن ، ولا يجوز التمسك بسبق الصلح على النزاع لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولكن يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، باعتبار أن الدفع بعدم القبول تبدى فى أية حالة تكون عليها الإجراءات ، فإذا دفع بالصلح فى الدعوى القضائية التى أقيمت رغم إتمامه وفقا للقانون الوضعى ، فإن المحكمة لا تنظرها ، ولا تفصل فيها ، وتحكم بعدم قبولها ، وعدم جواز نظرها ^(١) .

(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - المرجع السابق - بند ١٤٩ ، ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ .

المبحث الثالث

المصلحة شرطا لقبول الدعوى القضائية^١

١ - في دراسة شرط المصلحة في الدعوى القضائية كشرط عام ، أنظر :

COUCHEZ (G) : Procedure civile , 7 e , PARIS , 1992 , P .

108 et s ; CROZE (H .) et MOREL (ch .) : Procedure civil . Paris , 1988 . P . 132.

وانظر أيضا : عبد المنعم الشرقاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ١١١ ، ص ١٢٥ ، أحمد محمد مليجي موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والاختصاص القضائي " دراسة مقارنة " - رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٧٩ - ص ٣٤٠ ، ومابعدهما ، وجدى راغب فهمي ، أحمد ماهر زغلول - دروس في المرافعات وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، وتعديلاتها المستحدثة - الكتاب الثاني - قواعد مباشرة النشاط القضائي " مبادئ الخصومة المدنية " - ص ١٠٣ ، ومابعدهما ، أمينة مصطفى النمر - الدعوى ، وإجراءاتها - منشأة المعارف بالأسكندرية - ١٩٩٠ - بند ٣٣ ، ص ٧٧ ، ومابعدهما ، فحى والى - الوسيط في قانون القضاء المدنى - ص ٧١ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٤٥ ، ومابعدهما ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - ص ١٥١ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بسند ٩٩ ، ومايليه ص ١٦٦ ، ومابعدهما ، نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ١٩٩٢ - بند ١٥٨ ، ومايليه ، ص ٢٤٦ ، ومابعدهما ، طهبة سنة ١٩٩٦ - ص ٢٠٤ ، ومابعدهما ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الاختصاص - المراجعين - الخصومة - الأحكام ، وطرق الطعن فيها ، مع تعديلاته حتى ١٩٩٩ - ١٩٩٩ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية - ص ٢٤٨ ، ومابعدهما ، عبد الحميد الشواربى - الدفوع المدنية " الإجرائية ، والموضوعية " - منشأة المعارف بالأسكندرية - ١٩٩٤ - ص ٧٦٤ ، ومابعدهما ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - الجزء الأول - الدعوى - الأحكام - طرق الطعن - ص ٨٥ ، ومابعدهما ، إبراهيم محمد على - دار النهضة العربية - ١٩٩٦ ، ص ١٠ ، ومابعدهما ، عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - ١٩٩٦ - بسند ٤٩١ ، ومايليه ، ص ٥٠٢ ، مابعدهما ، إبراهيم أمين النيفايوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - الكتابين الأول ، والثانى - ١٩٩٨ - ص ١١١ ، ومابعدهما ، معوض عبد التواب - المرجع فى التعليق على قانون المرافعات - التعليق على نصوص قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، حسب آخر التعديلات ، وحقوق القانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩ - الطبعة الأولى - مزينة ، ومنقحة - سنة ٢٠٠٠ - ص ١٥٩ ، ومابعدهما .

تمهيد ، وتقسيم :

تعتبر المصلحة عن الجانب الواقعي ، أو المادى للدعوى القضائية ، وقد رأى المشرع الوضعى أن يحد من استعمال الدعاوى القضائية ، حتى لا يساء حق الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، ويكثر عدد الدعاوى القضائية الكيدية ، ويتأخر الفصل فى الدعاوى القضائية ^(١) . ولهذا ، فقد استلزم توافر المصلحة فيها ، ذلك لأن القضاء لا يجب أن ينشغل بادعاءات لا تتحقق من وراء فحصها أية منفعة ، وإن تحققت ، كانت منفعة نظرية ، فلا تقبل الدعوى القضائية إذا كانت تستهدف مجرد تفسير نص قانونى ، أو إصدار فتوى ، دون أن يقترن بذلك أى نزاع فعلى ^(٢) .

فتنزيها لساحات القضاء العام فى الدولة عن العبث ، وتوفيراً لوقت ، وجهد القضاء ، وسدا لباب الدعاوى القضائية الكيدية ^(٣) نص المشرع الوضعى المصرى فى المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى ^(٤) على أنه :

(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ -
بند ١٤١ ، ص ٢١٩ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٢ .

ويراجع فى توضيح أهمية فكرة المصلحة فى الدعوى القضائية : عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - ص ٥١ ، ومابعدا ، محمد عبد السلام مخلص - نظرية المصلحة فى دعوى الإلغاء - سنة ١٩٨١ - ص ٢٦ ، ومابعدا .

(٢) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ .

(٣) أنظر : محمد حامد فهمى - بند ٣٣٣ ص ٣٩٥ ، عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٤٦ ، رمزى سيف - الوسيط - بند ٧٦ ص ١١٠ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١٩٤ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٩٤ ، ص ١٦٣ ، أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤١ ، ص ٢١٩ .

٤ - والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ ، والمنشور بالجريدة الرسمية ، العدد (١٩) مكرر ، فى ١٩٩٦/٥/٢٢ .

" لا تقبل أى دعوى كما لا يقبل أى طلب أو دفع إستنادا لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة بقررها القانون " ، ولا يعدو هذا النص القانونى أن يكون تقنيا لما استقر عليه الفقه ، وأحكام القضاء من أنه لا دعوى قضائية بغير مصلحة (١) ، وأن المصلحة هى مناط الدعوى القضائية ، فالمصلحة هى الضابط لضمان جدية الدعوى القضائية ، وعدم خروجها عن الغاية التى رسمها القانون الوضعى لها ، وهى كونها وسيلة لحماية الحق (٢) .

ويكون شرط توافر المصلحة فى الدعوى القضائية شرطا خاصا بالمدعى فيها ، باعتبار أنه الخصم الذى يقيمها ، فينبغى أن تكون له سلطة إقامتها ، أما المدعى عليه ، فلا يلزم توافر المصلحة لديه ، لقبول الدعوى القضائية المرفوعة ضده (٣) . وتجب المصلحة لدى المدعى ، سواء أقام الدعوى القضائية بنفسه ، أو أقامها الغير عنه باسمه (٤) . كما تجب المصلحة فى الدعوى القضائية لدى المدعى ، ولو كان قد أقامها مستعملا اسم غيره ، وطلب الحماية القانونية لهذا الغير - كما هو الشأن فى الدعاوى غير المباشرة ، وهى تتمثل فى أنه يستفيد ، ويتميز من الحكم القضائى للغير فى الدعوى القضائية ، فضلا عن أنه يجب توافر المصلحة لدى الغير الذى طلبت له الحماية القانونية (٥) .

(١) أنظر : أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٩٤ ، ص ١٦٣ .

و راجع : مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض المصرية فى حسين عام - المجلد الثالث - سنة ١٩٨٦ - الجزء الأول - ص ٣١٨٣ ، وما بعدها .

(٢) أنظر : عبد الحميد أبو هيف : طرق التنفيذ ، والتحفظ ، بند ٤١٠ ، عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - ص ٥٢ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٩٦ ، ص ١٦٤ .

(٣) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالإسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤١ ، ص ٢١٩ .

(٤) أنظر : أمينة مصطفى النمر - المرجع السابق - بند ١٤١ ، ص ٢٢٠ ، إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - ص ١٦ .

(٥) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

ويقصد بالمدعى فى الدعوى القضائية الذى تكون له المصلحة : من قدم ادعاء إلى المحكمة بطريق الدعوى القضائية ، وقد عبر عنه المشرع الوضعى المصرى فى الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى بقوله : " صاحب الطلب أو الدفع .. " .

ويتعين أن يكون للطرف فى الطلب القضائى مصلحة فى الإدعاء المطروح على المحكمة ، سواء كان شخصا اعتباريا ، أم شخصا طبيعيا ، حيث أن القاعدة أنه لا دعوى بلا مصلحة ، ويتم تقدير هذه المصلحة بشكل مجرد ، لمعرفة هل مثل هذا الحق توجد بشأنه قاعدة قانونية تحميه ، أم لا ؟ . فإن وجد القاضى ذلك ، حكم بقبوله ، لأن صاحب الحق لن تتم معرفته إلا بعد صدور الحكم القضائى فى موضوع الدعوى القضائية .

ويكون الدفع بانتفاء المصلحة فى الدعوى القضائية دفعا موضوعيا ، يجوز إيداعه فى أية حالة تكون عليها الدعوى القضائية ، وتستنفذ محكمة أول درجة بقبوله ولايتها ، ويجب على محكمة الاستئناف إذا ألغت حكمها القضائى ، ورأت رفض الدفع ، أن تفصل فى الدعوى القضائية ، دون إعادتها إليها ^(١) .

ويقبل الحكم القضائى الذى يصدر بإجابة الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ، لانتهاء المصلحة الطعن عليه ، أما الحكم القضائى الصادر برفضه ، فلا يجوز الطعن عليه ، إلا بعد صدور الحكم القضائى المنهى للخصومة القضائية كلها ^(٢) .

ويقتضى منا البحث فى شرط المصلحة فى الدعوى القضائية كشرط عام التعرض لتعريفها ، ثم بيان شروطها ، إذ لا تكفى مجرد المصلحة لقبول دعوى من الدعاوى القضائية ، وإنما المصلحة التى حدد القانون الوضعى شروطا لها ، وهى المصلحة القانونية القائمة .

وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول : تحديد مفهوم المصلحة فى الدعوى القضائية " الخلاف فى تحديد مفهوم المصلحة فى الدعوى القضائية " .

^(١) أنظر : عبد الحميد الشواربي - الدفوع المدنية " الإجرائية ، والموضوعية " - ص ٧٦٥ .

^(٢) أنظر : عبد الحميد الشواربي - الإشارة المقدمة .

المطلب الثاني : شروط المصلحة في الدعوى القضائية - أوصافها .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

المطلب الأول

تحديد مفهوم المصلحة في الدعوى القضائية " الخلاف فى تحديد مفهوم المصلحة في الدعوى القضائية "

رغم إجماع الفقه على ضرورة المصلحة لقبول الدعوى القضائية ، إلا أن هذا الفقه قد تعددت به السبل فى تعريف المصلحة فى الدعوى القضائية ، وبيان شروطها ، كما اختلف مفهوم المصلحة حسب نوع الدعوى القضائية :

رغم إجماع الفقه على ضرورة المصلحة لوجود الدعوى القضائية . وبالتالي ، لقبولها ، إلا أن الغالبية منهم لم تتعرض لتعريفها ^(١) ، مما أدى إلى الخلاف حوله ، فقد تعددت به السبل فى تعريف المصلحة فى الدعوى القضائية ، وبيان شروطها ، كما اختلف مفهوم المصلحة حسب نوع الدعوى القضائية ، فيختلف مدلول المصلحة فى الدعوى القضائية المدنية عنه فى دعوى الإلغاء ، ودعوى الدستورية . ولذا ، يتعين علينا أن نتعرف على مدلول المصلحة فى الدعوى القضائية .

فنظرا لعدم ورود تعريفا تشريعيًا للمصلحة فى الدعوى القضائية ، فقد تعددت التعريفات الفقهية بشأنها ، فيعرفها البعض بأنها : " المنفعة المادية ، أو المعنوية - إقتصادية كانت ، أم اجتماعية - التى يدعيها الشخص أمام القضاء ، كما يدعى طلب حمايتها قانونا ، أى المنفعة التى يجنيها المدعى من التجاله إلى القضاء " ^(١) ، أو " الفائدة العملية التى تعود على رافع الدعوى القضائية من الحكم له بطلباته - كلها ، أو بعضها - فحيث

(١) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٤٨ ، ص ٥٣ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١١٩ ، نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٤ ، عبد الحميد الشواربي - الدفوع المدنية " الإجرائية ، والموضوعية " - ص ٧٦٤ .

لا يعود من رفعها فائدة على رافعها ، فلاتقبل دعواه القضائية ^(١) ، أو : " الفائدة التي يتوقعها مباشر الإجراءات من رفع الدعوى القضائية أمام المحاكم " ^(٢) ، أو : " الفائدة العملية التي يرمى صاحب الحق في الدعوى القضائية إلى الحصول عليها من وراء ممارسته لهذا الحق " ^(٣) . فلا يكفي أن يتمسك المدعى في الدعوى القضائية بحق ، أو مركز قانوني ، وإنما لابد أن يكون هناك مبررا واقعا للحصول على حماية القضاء ^(٤) ، وهو تعريفا يقترب من تعريف علماء اللغة للمصلحة ، بأنها هي : " ما يبيح على المصلح ، بما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على نفعه ، أو نفع قومه " ^(٥) ، ونفس تعريفها في العرف ، بأنها : " السبب المؤدى إلى المصلح ، والنفع " ^(٦) .

^(١) أنظر : سوليس ، بيو : المرجع السابق - الجزء الأول - بند ٢٢٣ ، ص ١٩٨ ، ولبارد - المرجع السابق - بند ٢٧ ، ص ٢٨ ، رمزي سيف - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٦٩ - بند ٧٦ ، ص ١١٠ ، عبد الفتاح السيد - بند ٣٢١ ، ص ٣٠٨ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - سنة ١٩٩٠ - ص ١٢١ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - ١٩٧١ - بند ٢٨٨ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - سنة ١٩٧٤ - ص ١٤٧ ، أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٩٦ ، ص ١٦٤ ، نبيل إسماعيل عمر - قانون المرافعات - ١٩٩٣ - ص ٢٧٥ ، المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ٤٦٦ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٢ ، عبد الحميد الشواربي - الدفوع المدنية " الإجرائية ، والموضوعية " - ص ٧٦٤ .

٢ - أنظر : سوليس ، بيو : المرجع السابق - الجزء الأول - بند ٢٢٦ - ص ٢٠٠ .
وقسار : رمزي سيف - الوسيط - الطبعة السابعة - بند ٧٤ ، ص ١٠٠ ، عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - ص ٥٦ .

^(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٤ .

^(٤) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضى أمام القضاء المدني - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٥٦ .

^(٥) أنظر : المنجد - طبعة بيروت - ص ٢٨٦ .

^(٦) أنظر : مصطفى زيد - المصلحة في التشريع الإسلامى ، نجم الدين الطوقى - الرسالة المشار إليها - ص ٢١١ .

بينما يعرف جانب آخر من الفقه المصلحة في الدعوى القضائية - وبحق - بأنها : " الحاجة إلى حماية القانون للحق المعتدى عليه ، والمهدد بالإعتداء عليه ، والمنفعة التي يحصل عليها المدعى بتحقيق هذه الحماية " (١) ، وتمثل هذه الحماية في اقتضاء الحق ، أو رد الإعتداء عليه ، أو التعويض عن هذا الإعتداء ، أو في استكمال الدليل بشأن الحق ، وجوده ، أو انتفائه ، أو انقضائه (٢) ، كما قد تكون الحماية القانونية مجرد إتخاذ إجراء مؤقت ، يحدد مركز الخصوم بصفة مؤقتة (٣) .

ويفضل جانب آخر من الفقه التفرقة بين المصلحة بمعنى الباعث ، والمصلحة بمعنى الغاية ، وتعريف المصلحة في الدعوى القضائية بالمعنى الأول بأنها : " الحاجة إلى حماية القانون " ، وهى لذلك تكون وثيقة الصلة بالإعتداء على الحق ، فهى تدور معه وجوداً ، وعدمه . أما المصلحة بمعنى الغاية ، فهى : " ما ينشده المدعى في الدعوى القضائية من رفعها إلى القضاء ، وتمثل هذه الغاية في تحقيق الحماية القانونية " . فالمصلحة كغاية ليست هى الرغبة فى الحصول على مجرد منفعة مادية ، أو أدبية ، لأن ذلك من شأنه أن يجعل من المصلحة فى الدعوى القضائية تعبيراً بافهاماً بالمنفعة لا يستحصل عليها المدعى من الحكم له فى الدعوى القضائية باعتبارها غاية فى حد ذاتها ، بل لأنها المظهر ، أو الوسيلة لتحقيق حماية القانون (٤) . فتعرف المصلحة بأنها

(١) أنظر : عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى فى قانون المرافعات - ص ٥٤ ، وما بعدها ، شرح المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٥٦ - ص ٥٢ ، محمد إبراهيم - الوجيز - ص ٦١٩ ، أمينة مصطفى النمر - الدعوى ، وإجراءاتها - ص ٣٦ ، قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤١ ، ص ٢٢٠ ، عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٤٩١ ، ص ٥٠٢ .

(٢) أنظر : عبد المنعم الشرفاوى - المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٤٩ ، ص ٥٠ ، وما بعدها ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠١ ، ص ١٠٥ ، أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤١ ، ص ٢٢٠ .

(٣) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

٤ - أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - ص ٥٧ .

المنفعة التي يحصل عليها المدعى بتحقيق حماية القانون لحقه الذي اعتدى عليه ، أو المهدد بالإعتداء عليه ^(١) .

ويلاحظ أن هذا الرأي ^(٢) قد أقام تفرقة بين الباعث ، والغاية ، إلا أنها تفرقة نظرية مجردة ، حتى أن صاحب هذه التفرقة قد عاد وأقر بصعوبة إقامتها قائلا : " إن الفارق فسي الواقع بين هذين المعنيين يكون دقيقا ، إلى حد يجعل إدراكه - في الكثير من الأحيان - صعب المنال ، فأحدهما يكون سببا ، والآخر يكون نتيجة . وخلص إلى تعريف المصلحة بالمعنيين معا ، قائلا : " إن المصلحة هي الحاجة إلى حماية القانون للحق المعتدى عليه ، والمهدد بالإعتداء عليه ، والمنفعة التي يحصل عليها المدعى في الدعوى القضائية بتحقيق هذه الحماية " ^(٣) .

فيقصد بوجوب توافر المصلحة في الدعوى القضائية أن المدعى في الدعوى القضائية يحصل على ميزة ، أو منفعة منها ، أي أنه يستفيد ، أو يتميز من الحكم القضائي له فيها ، وقد قيل - وبحق - أن المصلحة هي الحاجة إلى الحماية القانونية ^(٤) ، وتتمثل هذه الحماية في اقتضاء الحق ، أو رد الإعتداء عليه ، أو التعويض عن هذا الإعتداء ، أو في استكمال الدليل بشأن الحق ، وجوده ، أو انتفاؤه ، أو انقضاؤه ^(٥) . وقد تكون الحماية القانونية مجرد إتخاذ إجراء مؤقت ، يحدد مركز الخصوم بصفة مؤقتة ^(٦) . وهكذا ، فإن المصلحة في الدعوى القضائية هي المنفعة التي يحصل عليها المدعى فيها من الحكم القضائي له بطلباته ، وهي المنفعة التي لن يحصل عليها نتيجة الإعتداء على حقه ، أو

^١ - أنظر : عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٥٠ ، ص ٥٤ ، ٥٥ .

^(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - ص ٥٧ .

^٣ - أنظر : عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - ص ٥٥ .

^(٤) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤٩ ، ص ٢٢٠ .

^(٥) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

^(٦) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

التهديد بالإعتداء عليه إلا بالرجوع إلى القضاء العام في الدولة ، بمنع هذا العدوان ، أو وقف هذا التهديد . خاصة ، وأن المدعى لا يستطيع أن يقتضى لنفسه ، وبوسائله . وفى ذلك ، يقول الفقيه الإيطالى كيوفندا : " إن المصلحة تتمثل فى الضرر الذى يلحق بالمدعى فى الدعوى القضائية ، إذا لم يتدخل القضاء العام فى الدولة " (١) .

والمصلحة فى الدعوى القضائية ليس هو معناها الموضوعى ، أى باعتبارها عنصرا فى الحق (٢) ، فالمصلحة كمصير موجودة فى الحق ، سواء تم الإعتداء عليه ، أو لم يتم ، فالحق يوجد رغم الإعتداء عليه ، كما أن الحق بذاته غير كاف لقيام الدعوى القضائية ، حيث لا تكون هناك مصلحة من الحكم القضائى له بطلباته . وبذلك ، تكون المصلحة خير معيار لضمان جدية الدعوى القضائية ، وعدم خروجها عن الغاية التى رسمها لها المشرع الوضعى كوسيلة لحماية الحقوق (٣) .

والمصلحة المباشرة هى مناط الدعوى القضائية ، بحيث لو تخلفت ، كانت الدعوى القضائية غير مقبولة (٤) . فلا بد من توافر مصلحة معينة للمدعى ، حتى ينشأ له الحق فى الدعوى القضائية ، أى حتى تقبل دعواه القضائية ، ويكون له الحق فى الحصول على حكم قضائى من القضاء العام فى الدولة فى موضوع مايدعيه ، فإذا لم تكن له مصلحة ، أى لم تكن هناك فائدة معينة يمكن أن تعود من الحكم القضائى له بطلباته - على فرض صحتها - فلا يكون هناك مبرر لأن تسمع دعواه القضائية (٥) . فلا يتصور وجود إنسان

١ - أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١١٩٠ - ص ٤٧ .

٢ - أنظر : محمود محمد هاشم - الإشارة المقدمة .

(٣) أنظر : عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٤٩١ ، ص ٥٠٢ .
وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٩/١/٩ - السنة (٢٠) - ص ٨٤ .

(٤) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٨/١/٢٧ - السنة (١٩) - ص ١٤١٤ .

٥ - أنظر : رمزى سيف - الوسيط - بند ٧٧ ، ص ١١١ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠١ ، ص ١٠٥ ، ١٠٦ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١١٩٠ - ص ٤٧ ، ٨٤ .

طبيعى عاقل يمكن أن يلجأ إلى القضاء العام فى الدولة ، ويتكبد بناء على ذلك نفقات ، ومشقة ، فى تكرار الحضور إلى المحكمة ، لمتابعة سير الدعوى القضائية ، دون أن يكون له هدفا يسعى إليه ، وفائدة يرمى إلى تحقيقها .
وتتوافر المصلحة فى الدعوى القضائية ولو أقر المدعى عليه بالحق المدعى به ، ذلك أن الدائن يكون فى حاجة إلى حكم قضائى يستطيع التنفيذ به ، لإجبر المدين على الوفاء بما التزم به .

والمطلب الثاني

شروط المصلحة في الدعوى القضائية - أوصافها

تمهيد ، وتقسيم :

يجب أن تتوفر في المصلحة في الدعوى القضائية خصائص معينة :
يذهب أغلب الفقه ، وأحكام القضاء إلى أنه يجب أن تتوفر في المصلحة في الدعوى القضائية شروطاً ، أو أوصافاً معينة ، لاتعد قائمة بغيرها ، لقبول الطلب ، أو الترفع في القضاء العام في الدولة ، فيجب أن تكون المصلحة قانونية ، وأن تكون شخصية ومباشرة ، وأن تكون حالة ، وقائمة ، وهذه الأوصاف يجب أن تتصف بها المصلحة في الدعوى القضائية ، وإلا كانت غير مقبولة .

فيذكر أغلب الفقه ، وأحكام القضاء أن المصلحة في الدعوى القضائية يجب أن تكون قانونية ، وقائمة ، حالة ، وشخصية مباشرة . وهذه الشروط في المصلحة في الدعوى القضائية ، أو أوصافها ، وخصائصها هي في حقيقتها تطبيقاً لشرط المصلحة في الدعوى القضائية ^(١) . فلا يكفي لقبول الدعوى القضائية أن يكون لصاحبها مصلحة في رفعها ، وإنما يجب أن تتوفر في هذه المصلحة خصائص ، وأوصافاً معينة ، لتكون جديرة بالاعتبار . ولذلك يجب أن تكون مصلحة قانونية ، قائمة ، وحالة ، شخصية ومباشرة ^(٢) .

(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٥٢ ، ص ٢٧ .

(٢) في دراسة أوصاف المصلحة في الدعوى القضائية ، أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٥٣ ، وما يليه ، ص ٢٣٨ ، وما بعدها ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩٠/١٩٩١ - ص ٩٩ ، وما بعدها ، أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٩٩ ، وما يليه ، ص ١٦٦ ، وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٥ ، وما بعدها ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات في ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٨٨ ، وما بعدها ، عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصري - بند ٤٩٢ ، وما يليه ، ص ٥٠٤ ، وما بعدها ، إبراهيم أمين النفاوي - أصول التقاضي ، وإجراءاته - الكتاب الأول

فشروط المصلحة فى الدعوى القضائية ، وأوصافها هى شروطا لقبول الدعاوى القضائية ، كذلك كما هو الشأن فى شرط المصلحة فى الدعوى القضائية ، باعتبار أنها تتعلق كذلك بسلطة الأشخاص فى الإلتجاء إلى المحاكم ، وسلطة هذه المحاكم فى نظر الدعاوى القضائية . فالشخص الذى يقيم دعوى قضائية للمطالبة مثلا بتنفيذ التزام مخالف للنظام العام ، والآداب فى المجتمع ، ليست له سلطة إقامة هذه الدعوى القضائية ، والدائن الذى يقيم دعوى قضائية بحق لم يحل أجله ، وكذلك الغير الذى يقيم إشكالا فى التنفيذ قبل أن يبدأ ، ليس لهما السلطة فى إقامة الدعوى القضائية ، والمطالبة بحماية قانونية ، والزوجة التى تقيم دعوى قضائية للمطالبة ببطلاق عقد البيع الذى باع به الزوج عقارا مملوكا له ، ليس لها سلطة لإقامة هذه الدعوى القضائية . . وهكذا (١) .

وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع متتالية ، وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول - الشرط الأول : أن تكون الدعوى القضائية مستندة إلى مصلحة قانونية " الإدعاء بحق " .

الفرع الثانى - الشرط الثانى : أن تكون مصلحة شخصية ، ومباشرة " الصفة ، أو الجانب الشخصى فى الدعوى القضائية " .

الفرع الثالث - الشرط الثالث : أن تكون الدعوى القضائية مستندة إلى مصلحة قائمة ، وحالة ، أو واقعية " وقوع إعتداء على الحق المدعى ، أو المنازعة فى المركز القانونى المدعى " ، أى أن هناك ما يبرر طلب الحماية القضائية .

، والسائق - ١٩٩٨ ، إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر - ص ١٨ ، ومابعدا ، عبد الحميد الشواربي - الدفوع المدنية " الإجرائية ، والموضوعية " - ص ٧٦٤ ، ٧٦٥ .

(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٥٢ ، ص ٢٣٧ .

والفرع الرابع : في الحالات التي يكون فيها الإعتداء على الحق غير مؤكد ، وإنما كان مجرد احتمال ، فهل يجوز عندئذ رفع الدعوى القضائية ، تفاديا لوقوع الإعتداء في المستقبل ؟ .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

الفرع الأول

الشرط الأول

أن تكون الدعوى القضائية مستندة

إلى مصلحة قانونية " الإدعاء بحق "

تمهيد ، وتقسيم :

يجب أن تكون الدعوى القضائية مستندة إلى مصلحة قانونية ، وقد نص المشرع الوضعى المصرى على هذه القاعدة فى الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى بقوله :

" لا تقبل أى دعوى كما لا يقبل أى طلب أو دفع إستنادا لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر ، لا يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون " .
وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفرع إلى ستة غصون متتالية ، وذلك على النحو التالى :

الغصن الأول : لا تقبل الدعوى القضائية إلا إذا كانت ترمى إلى حماية حق ، أو مركز قانونى ، ولا يهتم بعد ذلك أن تكون المصلحة مادية ، أو معنوية .

الغصن الثانى : لا يعتد بالمصلحة غير المشروعة ، والتى تخالف النظام العام ، أو الآداب ، إذ تعتبر مصلحة غير قانونية .

الغصن الثالث : أمثلة على المصلحة غير القانونية ، والتى لا تحظى بحماية القانون ، لقبول الدعوى القضائية .

الغصن الرابع : لا تكفى مجرد المصلحة الإقتصادية البحتة - والتى لا تحظى بحماية القانون - لقبول الدعوى القضائية ، كما لا تكفى المصلحة النظرية .

الغصن الخامس : أمثلة على المصالح الإقتصادية البحتة - والتى لا تحظى بحماية القانون - والتى لا تكفى لقبول الدعوى القضائية .

والفصل السادس : إجازة بعض الدعاوى القضائية ، دون أن تستند إلى حق ، أو
دون أن تستند إلى حقوق بالمعنى الدقيق .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

الفصل الأول

لاتقبل الدعوى القضائية إلا إذا كانت ترمى إلى حماية حق ، أو
مركز قانوني ، ولايهم بعد ذلك أن تكون المصلحة مادية ، أو
معنوية

يجب أن تكون الدعوى القضائية مستندة إلى مصلحة قانونية ، وقد نص المشرع الوضعي
المصري على هذه القاعدة في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون المرافعات
المصري بقوله :

" لاتقبل أى دعوى كما لايقبل أى طلب أو دفع إستنادا لأحكام هذا القانون أو أى قانون
آخر ، لا يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون " .
ويقصد بقانونية المصلحة في الدعوى القضائية : أن تستند إلى حق ، أو مركز قانوني
ذاتى (١) ، بحيث يكون الغرض منها هو المطالبة بهذا الحق ، أو المركز القانوني ، أو
رد الإعتداء عليه ، أو المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى أصابه (٢) .

(١) أنظر : فتان : المرجع السابق ، بند ٢١ ، ص ٤٠ ، جولى أندريه : المرجع السابق ، بند ٩٩ ،
ص ٨٧ ، بولارد : المرجع السابق ، بند ٢٩ ، ص ٣٠ ، سوليس ، بيرو : المرجع السابق ، الجزء
الأول - بسند ٢٢١ ، ص ١٩٦ ، بسند ٢٢٨ ، ص ٢٠٤ ، واللذان يقران أن القول بعدم قانونية
الدعوى القضائية يعنى في الوقت ذاته عدم وجود الحق المدعى به ، الأمر الذى يستوجب في نظرهما أن
تحكم المحكمة عندئذ برفض الدعوى القضائية ، وليس بعدم قبولها .

وانظر أيضا : محمد حامد فهمي : المرجع السابق ، بند ٣٣٤ ، عبد الحميد أبو هيف : المرجع السابق ،
بند ٤١٢ ، عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٥٣ ،
ص ٥٧ ، رمزى سيف - الوسيط - بند ٧٨ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية -
بند ١٠٣ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٠ ،
ص ١٦٦ ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات في ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثالثة -
١٩٩٥ - ص ٩٢ .

وانظر أيضا : نقض مدين مصرى - جلسة ١٩٨٧/١/٤ - في الطعن رقم (٨٦٤) - لسنة (٥٣)
قضائية - ٣٨ - ٦٧ .

فالمصلحة القانونية هي المصلحة التي يقرها القانون ^(١) . وبعبارة أخرى ، أن المدعى يدعى حقاً يعترف به القانون الوضعي ، أو يحميه بصفة مجردة . فالمصلحة الجديرة

٢ - أنظر : رمزي سيف - الوسيط - ص ١١٣ ، عبد النعم الشرقاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - ص ٥٧ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١٢٣ ، أحمد السيد صاوي - الوسيط - ص ١٧٨ ، نبيل إسماعيل عمر - أصول المرافعات - ص ٤٦٦ ، عاشور ميروك - الوسيط في قانون القضاء المصري - بند ٤٩٣ ، ص ٥٠٤ ، عز الدين الدناصورى ، محمد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٢ .

(١) تنص المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري - والمعدلة بالقانون الوضعي المصري رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ - على أنه :

" لا تقبل أى دعوى كما لا يقبل أى طلب أو دفع إستناداً لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر ، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون . ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند الرأع فيه .

وتقتضى المحكمة من تلقاء نفسها ، فى أى حالة تكون عليها الدعوى ، بعدم القبول فى حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرتين السابقتين .

وبجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعى بغرامة إجرائية لاتزيد عن خمسمائة جنيه إذا تبين أن المدعى قد أساء إستعمال حقه فى التقاضى " .

ولقد كان نص المادة الثالثة قبل تعديله بالقانون الوضعي المصري رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ يقابل نص المادة الرابعة من القانون الملغى ، وقد كان يجرى على النحو التالى :

" لا يقبل أى طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ، ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند الرأع فيه " .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون الوضعي المصري رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ بشأن تلك المادة : " بأن المادة نصت على أنه لا يقبل أى طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة عاجلة قائمة يقرها القانون ، وهو أصلاً عاماً مسلماً به ، ثم استدركت فنصت على أن المصلحة المحتملة تكفى حيث يراد بالطلب الإحتياط لدفع ضرر محقق ، أو استعجال الدليل ، والإحتياط لحفظه ، خشية ضياعه عند المطالبة بأصل الحق ، وهذا الحكم الجديد يتيح من الدعاوى أنواعاً يختلف الرأى فى شأن قبولها ، مع توافر المصلحة فيها ، والمشروع فى هذا يأخذ بما اتجه إليه الفقه ، وأحكام القضاء من إجازة هذه الأنواع من الدعاوى ، وعلى أساس هذه الإجازة قد أجاز المشروع بنص صريح دعوى التزوير الأصلية ، والتي يطلب بها رد ورقة لم

بالحماية إذن هي المصلحة التي تستند إلى حق ، أو مركز يحميه القانون الوضعي .
فالقاعدة أنه لا يجوز الإدعاء أمام القضاء بمصلحة غير قانونية - أي غير مشروعة -
وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " يتعين فيمن يتمسك بالباطل أن
أن تستوافر فيه الشرائط القانونية لرفع الدعوى القضائية ، بأن يدعى لنفسه حقا ،
يقتضى الدفاع عنه بإبطال العقد " (١) .

فيجب أن تكون المصلحة في الدعوى القضائية محمية من أي فرع من فروع القانون
الوضعي ، حتى يصدق عليها وصف المصلحة القانونية ، يستوى في ذلك أن تكون
مصلحة مادية ، أو أدبية (٢) ، عظمت قيمتها ، أم قلت (٣) . فتكفي المصلحة النافعة ،

يحصل بعد التمسك بها في نزاع على حق ، كما أجاز لمن يريد وقف مسلك قديدي مؤذى أن يكلف
خصمه الذي يحاول مزاعمه الإضرار بمركزه المالي ، أو بسمعته الحضور ، لإقامة الدليل على صحة زعمه ،
فإن عجز ، حكم بفساد ما يدعيه ، وحرر من رفع الدعوى القضائية فيما بعد ، على أنه يجب ألا تكون
هذه المزاعم مجرد مخزعات فارغة ، ليس لها أثرا ضارا يعتد به ، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة .

(١) أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٣٧/١/٢٨ - في الطعن رقم (٥٣) لسنة (٦) ق .

(٢) أنظر : محمد وعبد الوهاب العشماوي : المرجع السابق ، بند ٤٥٠ ، ص ٥٧٥ ، ٥٧٦ ، عبد
المنعم الشرفاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٨٥ ، ٩٣ ، وما بعدها ، عبد
الباسط جيمي - مبادئ الخصومة - ص ٣١٧ - ٣١٩ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ،
والتجارية - بند ١٠٣ ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات في ضوء القضاء ، والفقهاء - الطبعة
الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٨٩ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - النقاضي أمام
القضاء المدني - ١٩٩٠/١٩٩١ - ص ٥٠ ، أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات
المدنية ، والتجارية - ص ٤٥ ، بسند ١٠٠ ، ص ١٦٧ ، نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون
المرافعات - ص ٢٠٦ ، عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة
الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٢ ، ١٥ ، إبراهيم محمد علي - المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ٢١ ،
عبد الحميد الشواربي - الدفوع المدنية " الإجرائية ، والموضوعية " - ص ٧٦٤ ، ص ٧٦٤ .

(٣) أنظر : سوليس ، بيرو : المرجع السابق ، الجزء الأول - بند ٢٢٧ ، ص ٢٠١ ، عبد المنعم
الشرفاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٨٥ ، وما بعدها ، أحمد أبو الوفا -
المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٣ ص ١٠٧ - الهامش رقم (٣) ، إبراهيم نجيب سعد - القانون
القضائي الخاص - ص ١٥٠ - الهامش رقم (٢) ، نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات
- ص ٢٠٦ ، عبد الحميد الشواربي - الدفوع المدنية " الإجرائية ، والموضوعية " - ص ٧٦٤ . عكس

متى كانت قانونية . فالمصلحة أيا كانت - جذية ، أو نافهة - تكون كافية لقبول الدعوى القضائية ، طالما التزمنا بالأصل العام المعروف بعدم جواز التعسف فى استعمال الحق ، والمنصوص عليه فى المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى (١) .

فسواء كانت المصلحة مادية ، أو أدبية ، فإنها تكفى لقبول الدعوى القضائية ، طالما أنها تستند إلى حق ، أو مركز يحميه القانون . والمصلحة المادية هى التى تحمى المنفعة المادية لمن يرفع الدعوى القضائية ، وهى التى لها قيمة مالية ، أو تؤدي إلى نتائج مالية (٢) ، ومثالها :

المثال الأول :

دعوى المطالبة بالدين ، أو الفوائد التأخيرية .

المثال الثانى :

الدعوى القضائية على من اغتصب العقار من حائزه (٣) .

والمثال الثالث :

الدعوى القضائية على صاحب البناء ، إذ تسبب البناء فى حجب النور ، والهواء عن الجار (٤) .

هذا : أنظر : أحمد مسلم - أصول المرافعات - ص ٣١٨ . حيث يذهب سيادته إلى القول بأن المصلحة النافهة ليست كافية لرفع الدعوى القضائية .

١ - تنص المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى على أنه :

" يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة " .

(٢) أنظر : عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٩٠ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٠ ، ص ١٦٧ .

(٣) أنظر : إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - ص ٢٩ .

والمصلحة الأدبية هي المصلحة التي تحمي حقاً أدبياً لمن يرفع الدعوى القضائية ، أو التي تهدف إلى حماية الحقوق الفردية التي تتعلق بشخصية الفرد ، والحقوق المتعلقة بها - كالحق في الاسم ، وغيره من الحقوق - ولو كانت للحق نتائج مالية ، ومادية ، ومثاليها :

المثال الأول :

الدعوى القضائية التي يقصد بها صيانة سمعة الشخص ، أو شرفه ، أو عاطفته .

المثال الثاني :

دعوى المطالبة بإثبات نسب شخص إدعى بأنه أبنا غير شرعى .

المثال الثالث :

دعوى التعويض التي ترفعها الأم عن الأكم النفسى الذى أصابها بقتل وحيدها ^(١) .

والمثال الرابع :

دعوى التعويض عن الأضرار الأدبية بسبب سب ، أو قذف ، أو بسبب مقال نشره صحفى ، يتضمن مساساً بسمعة المدعى ^(٢) .

فوظيفة القضاء هي حماية النظام القانونى . وبالتالي ، حماية الحقوق ، والمراكز القانونية . ولذلك ، لا تقبل الدعوى القضائية إلا إذا كانت ترمى إلى حماية حق ، أو مركز قانونى . فليست كل مصلحة بحميها القانون الوضعى . وبالتالي ، ليست كل مصلحة تحميها دعوى قضائية . فحين يكون لشخص ما منفعة عملية لا تنطبق عليها قاعدة قانونية تقرها ، لن ترقى هذه المنفعة إلى مرتبة الحق الذى تحميه الدعوى القضائية ، فما الحق سوى المصلحة التى يقرها القانون الوضعى -+ . وبالتالي ، يجب أن تكون الدعوى القضائية مستندة إلى مصلحة قانونية . فالدعوى القضائية تحمي المراكز القانونية ، والمصلحة التى لا تنطبق عليها قاعدة قانونية تقرها ، ليست سوى مركزاً واقعياً . وبالتالي

^(١) أنظر : أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٠ ، ص ١٦٧ .

١ - أنظر : إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - ص ٢١ .

^(٢) أنظر : أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٠ ، ص ١٦٧ ، إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - ص ٢١ .

، لاحتكامها دعوى قضائية . وبناء عليه ، لا تقبل دعوى الخطيئة التي تطالب خطيبها بالزواج منها ، للعلاقة الوطيدة التي نشأت بينهما أثناء فترة الخطبة ، إذ لا توجد قاعدة قانونية - حتى بالمعنى الواسع - تحمي مثل هذه المصلحة الأدبية ^(١) . كما لا تقبل دعوى التاجر الذي يطالب بإبطال عقد شركة منافسة ، فمصلحته الاقتصادية هذه لا تقرها قاعدة قانونية ^(٢) . كما لا تقبل دعوى من يطالب بدين سببه القمار ، فهذه المصلحة المخالفة للنظام العام ، والآداب تكون مصلحة غير قانونية ^(٣) . وبالعكس ، تتوفر المصلحة القانونية في دعوى المالك الذي يطالب باستحقاق عقاره ، إذ يحمي القانون الوضعي حق الملكية العقارية ^(٤) ، وفي دعوى المضرور نتيجة خطأ الغير ، إذ يقر القانون الوضعي الحق في جبر الضرر ^(٥) .

فالحكمة من اشتراط قانونية المصلحة في الدعوى القضائية يتعلق بوظيفة القضاء في المجتمع ، وهي حماية النظام القانوني في الدولة ، وهذا النظام لا يتحقق إلا بحماية الحقوق ، والمراكز التي يحميها القانون الوضعي . ولذا ، لا تقبل الدعوى القضائية إلا إذا كانت ترمى إلى حماية حق ، أو مركز قانوني . فالقضاء العام في الدولة يقوم بوظيفة محددة ، هي حماية النظام القانوني في الدولة ، وهذا النظام لا يتحقق إلا بحماية الحقوق ، والمراكز التي يحميها القانون الوضعي . ومن هنا ، كان لابد أن يكون كل ما يعرض على القضاء من تلك الحقوق ، والمراكز التي يحميها القانون الوضعي ، فإذا كانت من المصالح التي لا يقرر المشرع الوضعي حماية لها ، فإنه لا يكون هناك مبررًا لنظرها من جانب القضاء ، حرصًا على وقته ، لأن البحث فيها يتجاوز وظيفته ^(٦) .

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر : أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٥ .

(٢) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل : المرجع السابق - ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل : المرجع السابق - ص ٢٠٦ .

(٤) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل . المرجع السابق - ص ٢٠٥ .

(٥) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - الإشارة المتقدمة .

(٦) أنظر : رمزي سيف - الوسيط - بند ٧٦ ، ص ١١٠ ، وجدى راغب فهمي - مبادئ القضاء المدني - ص ٩٥ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضي أمام القضاء المدني

- ١٩٩٠/١٩٩١ - ص ٥١ ، عـور مـبروك - الوسيط في قانون القضاء المصري - بند ٤٩٣ ،
ص ٥٠٥ .

الفصل الثانى

لا يعتد بالمصلحة غير المشروعة ، والتي تخالف النظام العام ، أو الآداب ، إذ تعتبر مصلحة غير قانونية

لا يعتد بالمصلحة غير المشروعة ، والتي تخالف النظام العام ، أو الآداب ، إذ تعتبر مصلحة غير قانونية (١) ، فلا تكون المصالح التي لا تستند إلى حق ، أو مركز يقره القانون الوضعى مقبولة أمام المحاكم ، لأنها تجاوز وظيفة القضاء العام في الدولة (٢) . وتكون المصلحة في الدعوى القضائية التي ترفع بتنفيذ عقد مخالف للنظام العام ، وحسن الآداب غير قانونية .

١ - أنظر : عبد النعم الشرفاوى - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٧١ ، ومايليه ، وجدى راغب فهمى - ص ١٠٩ ، ومايليه ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات في ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٨٩ .

٢ - أنظر : وجدى راغب فهمى - مبادئ القضاء المدني - ص ٩٥ ، عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصرى - بند ٤٩٣ ، ص ٥٠٥ .

وانظر أيضا : نقض مدين مصرى - جلسة ١٩٨٠/١/١٦ - السنة (٣٩) - ص ١٨٢ .
وفي استعراض لبعض الدعاوى القضائية غير المقبولة ، لعدم قانونية المصلحة " المصالح الاقتصادية ، أو الأدبية البحتة ، الدعاوى غير المترعة " ، أنظر عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصرى - بند ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ص ٥٠٥ ، ٥٠٦ .

الفصل الثالث

أمثلة على المصلحة غير القانونية ، والتي لا تحظى بحماية القانون ، لقبول الدعوى القضائية

لا يعتد بالمصلحة غير المشروعة ، والتي تخالف النظام العام ، أو الآداب ، إذ تعتبر مصلحة غير قانونية^(١) ، فلا تكون المصالح التي لا تستند إلى حق ، أو مركز يقره القانون الوضعي مقبولة أمام المحاكم ، لأنها تجاوز وظيفة القضاء العام في الدولة^(٢) . وتكون المصلحة في الدعوى القضائية التي ترفع بتنفيذ عقد مخالف للنظام العام ، وحسن الآداب غير قانونية ، ومثال ذلك ، مايلي^(٣) :

المثال الأول :

دعوى المطالبة بالدين ، أو الفوائد التأخيرية .

المثال الثاني :

الدعوى القضائية على من اغتصب العقار من حائزه^(٤) .

١ - أنظر : عبد النعم الشرفاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٧١ ، ومايلي ، وجدي راغب فهمي - ص ١٠٩ ، ومايلي ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات في ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٨٩ .

٢ - أنظر : وجدي راغب فهمي - مبادئ القضاء المدني - ص ٩٥ ، عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصري - بند ٤٩٣ ، ص ٥٠٥ .

وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٨٠/١/١٦ - ألسنة (٣١) - ص ١٨٢ .
وفي استعراض لبعض الدعاوى القضائية غير المقبولة ، لعدم قانونية المصلحة " المصالح الاقتصادية ، أو الأدبية البحتة ، الدعاوى غير المشروعة " ، أنظر عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصري - بند ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ص ٥٠٥ ، ٥٠٦ .

٣ - في استعراض تطبيقات لدعاوى غير قانونية ، أنظر : وجدي راغب فهمي ، أحمد ماهر زغلول - دروس في المرافعات وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، وتعديلاتها المستحدثة - الكتاب الثاني - قواعد مباشرة النشاط القضائي " مبادئ الخصومة المدنية " - ص ١٠٥ ، ومايعدها .

(٤) أنظر : إبراهيم محمد علي - المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ٢١ .

والمثال الثالث :

الدعوى القضائية على صاحب البناء ، إذ تسبب البناء في حجب النور ، والهواء عن الجار (١) .

والمصلحة الأدبية هي المصلحة التي نحملها أدبيا لمن يرفع الدعوى القضائية ، أو التي تهدف إلى حماية الحقوق الفردية التي تتعلق بشخصية الفرد ، والحقوق المتعلقة بها - كالحق في الاسم ، وغيره من الحقوق - ولو كانت للحق نتائج مالية ، ومادية ، ومثلها :

المثال الأول :

الدعوى القضائية التي يقصد بها صيانة سمعة الشخص ، أو شرفه ، أو عاطفته .

المثال الثاني :

دعوى المطالبة بإثبات نسب شخص إدعى بأنه أبنا غير شرعي .

المثال الثالث :

دعوى التعويض التي ترفعها الأم عن الأكم النفس الذي أصابها بقتل وحيدها (٢) .

والمثال الرابع :

دعوى التعويض عن الأضرار الأدبية بسبب سب ، أو قذف ، أو بسبب مقال نشره صحفي ، يتضمن مساسا بسمعة المدعى (٣) .

فوظيفة القضاء هي حماية النظام القانوني . وبالتالي ، حماية الحقوق ، والمراكز القانونية . ولذلك ، لا تقبل الدعوى القضائية إلا إذا كانت ترمي إلى حماية حق ، أو مركز قانوني . فليست كل مصلحة يحميها القانون الوضعي . وبالتالي ، ليست كل مصلحة تحميها دعوى قضائية . فحين يكون لشخص ما منفعة عملية لا تنطبق عليها قاعدة قانونية

(١) أنظر : أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٠ ، ص ١٦٧ .

٢ - أنظر : إبراهيم محمد علي - المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ٢١ .

(٣) أنظر : أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٠ ، ص ١٦٧ ، إبراهيم محمد علي - المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ٢١ .

تقرها ، لن ترقى هذه المنفعة إلى مرتبة الحق الذى تحميه الدعوى القضائية ، فما الحق سوى المصلحة التى يقرها القانون الوضعى . وبالتالي ، يجب أن تكون الدعوى القضائية مستندة إلى مصلحة قانونية . فالدعوى القضائية تحمى المراكز القانونية ، والمصلحة التى لا تنطبق عليها قاعدة قانونية تقرها ، ليست سوى مركزا واقعا . وبالتالي ، لاتحميها دعوى قضائية . وبناء عليه ، لاتقبل دعوى الخطيئة التى تطالب خطيئها بالزواج منها ، للعلاقة الوطيدة التى نشأت بينهما أثناء فترة الخطبة ، إذ لاتوجد قاعدة قانونية - حتى بالمعنى الواسع - تحمى مثل هذه المصلحة الأدبية ^(١) . كما لاتقبل دعوى التاجر الذى يطالب بإبطال عقد شركة منافسة ، فمصلحته الإقتصادية هذه لاتقرها قاعدة قانونية ^(٢) . كما لاتقبل دعوى من يطالب بدين سببه القمار ، فهذه المصلحة المخالفة للنظام العام ، والآداب تكون مصلحة غير قانونية ^(٣) . وبالعكس ، تتوافر المصلحة القانونية فى دعوى المالك الذى يطالب باستحقاق عقاره ، إذ يحمى القانون الوضعى حق الملكية العقارية ^(٤) ، وفى دعوى المضرور نتيجة خطأ الغير ، إذ يقر القانون الوضعى الحق فى جبر الضرر ^(٥) .

فالحكمة من اشتراط قانونية المصلحة فى الدعوى القضائية بتعلق بوظيفة القضاء فى المجتمع ، وهى حماية النظام القانونى فى الدولة ، وهذا النظام لايتحقق إلا بحماية الحقوق ، والمراكز التى يحميها القانون الوضعى . ولذا ، لاتقبل الدعوى القضائية إلا إذا كانت ترمى إلى حماية حق ، أو مركز قانونى . فالقضاء العام فى الدولة يقوم بوظيفة محددة ، هى حماية النظام القانونى فى الدولة ، وهذا النظام لايتحقق إلا بحماية الحقوق ، والمراكز التى يحميها القانون الوضعى . ومن هنا ، كان لابد أن يكون كل مايعرض على القضاء من تلك الحقوق ، والمراكز التى يحميها القانون الوضعى ، فإذا كانت من المصالح التى

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٥ .

(٢) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل : المرجع السابق - ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل : المرجع السابق - ص ٢٠٦ .

(٤) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل : المرجع السابق - ص ٢٠٥ .

(٥) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - الإشارة المقدمة .

لأقرار المشرع الوضعى حماية لها ، فإنه لا يكون هناك مبررا لنظرها من جانب القضاء ، حرصا على وقته ، لأن البحث فيها يتجاوز وظيفته ^(١) ، فلا يعتد بالمصلحة غير المشروعة ، والتي تخالف النظام العام ، أو الآداب ، إذ تعتبر مصلحة غير قانونية ^(٢) ، فالتكسب المصالح التي لا تستند إلى حق ، أو مركز يقره القانون الوضعى مقبولة أمام المحاكم ، لأنها تتجاوز وظيفة القضاء العام فى الدولة ^(٣) . وتكون المصلحة فى الدعوى القضائية التي ترفع بتنفيذ عقد مخالف للنظام العام ، وحسن الآداب غير قانونية ، ومثال ذلك ، مايلي ^(٤) :

المثال الأول : أن يطلب شخص تنفيذ عقد تم بينه ، وبين خليلته ، مقابل إستمراره معها فى علاقة أئمة . كما لا تقبل دعوى التعويض التي ترفعها الخليفة على خليلها ، لمطالبته بالتعويض عن إنهاء علاقتهما غير المشروعة . ولا تقبل دعوى التعويض التي ترفعها الخليفة على من تسبب فى وفاة خليلها ، لأن المعاشرة غير الشرعية لا تنتشى للخليفة حقا

^(١) أنظر : رمضى سيف - الوسيط - بند ٧٦ ، ص ١١٠ ، وجدى راغب فهمى - مبادئ القضاء المدنى - ص ٩٥ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٥١ ، عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٤٩٣ ، ص ٥٠٥ .

٢ - أنظر : عبد النعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٧١ ، ومايلي ، وجدى راغب فهمى - ص ١٠٩ ، ومايلي ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٨٩ .

٣ - أنظر : وجدى راغب فهمى - مبادئ القضاء المدنى - ص ٩٥ ، عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٤٩٣ ، ص ٥٠٥ .

وانظر أيضا : نقض مدين مصرى - جلسة ١٩٨٠/١/١٦ - السنة (٣٩) - ص ١٨٢ .
وإلى استعراض لبعض الدعاوى القضائية غير المقبولة ، لعدم قانونية المصلحة " المصالح الاقتصادية ، أو الأدبية البحتة ، الدعاوى غير المشروعة " ، أنظر عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ص ٥٠٥ ، ٥٠٦ .

٤ - فى استعراض تطبيقات لدعاوى غير قانونية ، أنظر : وجدى راغب فهمى ، أحمد ماهر زغلول - دروس فى المرافعات وفقا لجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، وتعديلاتها المستحدثة - الكتاب الثانى - قواعد مباشرة النشاط القضائى " مبادئ الخصومة المدنية " - ص ١٠٥ ، ومابعدها .

يحميه القانون الوضعي^(١) ، وفى هذا القرض ، فإن القاضى يتأكد فقط من وجود قاعدة قانونية تحمى حق . أو مركز الخليلة ، فإذا ما تبين أن القانون الوضعى لا يحمى حق الخليلة من الناحية المجردة فى التعويض ، فإنه يحكم بعدم قبول طلبها . دون أن يتحقق من الوقائع ، عما لو كانت تستحق التعويض من عدمه ؟ . أى دون البحث فى الوقائع ، عما لو كان طلبها يستند إلى حق ، من عدمه ؟^(٢) .

المثال الثانى : الدعوى القضائية التى يرفعها لمدعى مطالباً بالزام المدعى عليه بدفع دين قمار .

والمثال الثالث : طلب المتعاقد تنفيذ عقد بشأن مال لا يجوز التعامل فيه ، أو حيازته^(٣) .

ولاتصلح المصلحة الاقتصادية البحتة - والتى لا تحظى بحماية القانون الوضعى - لرفع دعوى قضائية بها^(٤) ، لأنها مصلحة لاتستند إلى حق ، أو مركز يحميه القانون الوضعى ، فالمشرع الوضعى لا يحمى مثل تلك المصلحة :

^(١) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٧٠ ، عماد عبد الوهاب المشماوى : قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن ، ص ٥٧٥ . أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٠ ، ص ١٦٦ ، ١٦٧ .

٢ - أنظر :

VINCENT et GUINCHARD : Pr . Civ . Op . Cit . N . 103 ;
JAUFFRET : Pr . Civ . Op . Cit . N . 31 ; COUCHEZ : Pr .
Civ . Op . Cit . N . 152 .

وانظر أيضاً : إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - الجزء الأول - ص ١٤٩ ، محمود محمد هاشم - إجراءات التقاضى ، والتنفيذ - ص ٣١ ، عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٤٩٣ ، ص ٥٥٥ .

^(٣) أنظر : إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - ص ٢١ .

^(٤) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٦١ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٠ ، ص ١٦٧ ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٨٩ : إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - ص ٢١ .

وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨ - في الطعن رقم (٢٠١٥) - السنة (٥٤) قضائية ، ١٩٨٧/٦/١٤ - في الطعن رقم (١٤٥٥) - السنة (٥٣) قضائية - م نقض م - ٣٨ - ٨٢٢ ، ١٩٧٦/٢/٢٦ - م نقض م - ٢٧ - ٥١٢ ، ١٩٥٨/٦/١٩ - م نقض م - ٩ - ٥٧١ ، ١٩٨١/٢/١٧ - م نقض م - ٣٢ - ٢٥٤٤ .

الفصل الرابع

لا تكفى مجرد المصلحة الإقتصادية البحتة .. والتي لا تحظى بحماية -
القانون - لقبول الدعوى القضائية ، كما لا تكفى المصلحة
النظرية

لا تصلح المصلحة الإقتصادية البحتة - والتي لا تحظى بحماية القانون - لرفع دعوى
قضائية بها ^(١) ، لأنها مصلحة لا تستند إلى حق ، أو مركز يحميه القانون الوضعي ،
فالمشرع الوضعي لا يحمي مثل تلك المصلحة ، كما لا تكفى المصلحة النظرية ^(٢) .

(١) أنظر : عبد النعم الشرفاوى - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٦٩ ، أحمد
السيد صاوى - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٠ ، ص ١٦٧ ، محمد
كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات في ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٨٩ ،
إبراهيم محمد على - المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ٢٩ .

وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ٩٨٨/١٢/٢٨ : في الطعن رقم (٢٠١٥) - السنة
(٥٤) قضائية ، ١٩٨٧/٦/١٤ - في الطعن رقم (١٤٥٥) - السنة (٥٣) قضائية - م نقض م -
٣٨ - ٨٢٢ ، ١٩٧٦/٢/٢٦ - م نقض م - ٢٧ - ٥١٢ ، ١٩٥٨/٦/١٩ - م نقض م - ٩ -
٥٧١ ، ١٩٨١/٢/١٧ - م نقض م - ٣٢ - ١٥٤٤ .

٢ - أنظر : محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات في ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثالثة -
١٩٩٥ - ص ٨٩

وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧١/٦/٢٤ - م نقض م - ٢٢ - ٨٢٨

الفصل الخامس

أمثلة على المصالح الاقتصادية البحتة - والتي لا تحظى بحماية القانون - والتي لا تكفى لقبول الدعوى القضائية

مثال المصالح الاقتصادية البحتة - والتي لا تحظى بحماية القانون - لرفع دعوى قضائية مايلي :

المثال الأول : دعوى التعويض التي يرفعها تاجر على من تسبب في قتل عميل له . كان يحقق ربحا من وراء تعامله معه ، لأن التاجر وإن أصابه ضررا بقدر ما فاته من كسب بمقتل عميله ، إلا أن ذلك لا يعدو أن يكون ضررا ماديا لا يستند إلى حق يحميه القانون الوضعي (١) .

والمثال الثاني : دعوى تاجر بحل شركة تجارية منافسة في تجارته ، ولم يكن عضوا فيها ، لبطلان وقع في عقد تأسيسها ، لأن مصلحة التاجر عندئذ هي محض مصلحة اقتصادية ، لا يحميها القانون الوضعي . فلا تقبل الدعوى القضائية التي يرفعها تاجر ببطلان شركة تنافسه في تجارته ، لأن دعواه القضائية تهدف إلى مجرد الكسب المادي ، دون سند من الحق (٢) .

وقد ترخص مجلس الدولة في فرنسا ، فاكتفى بالمصلحة الاقتصادية لقبول دعوى الإلغاء (٣) ، فقضى بقبول دعوى التجار بإلغاء قرار إداري بنقل السوق الذي تطل عليه

(١) أنظر : عبد المنعم الشرفاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المخابر إليها - بند ٦٢ ، ص ٦٣ ، أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٠ ، ص ١٦٧ ، إبراهيم محمد علي - المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ٢١ .

(٢) أنظر : أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٠ ، ص ١٦٧ .

(٣) أنظر :

محالهم ، رغم أن مصلحة التجار فى بقاء السوق فى مكانه هى محض مصلحة إقتصادية . وأساس ذلك ، أن دعوى الإلغاء ترمى إلى تحقيق مصلحة عامة ، بالقضاء على القرارات المخالفة للقانون الوضعى ^(١) . أما دعوى التعويض ، فقد اشترط لقبولها - شأن الدعوى القضائية فى نطاق القانون الخاص - أن تكون المصلحة قانونية ، لأنها ترمى إلى حماية حق خاص لرافعها ^(٢) .

ويحذ جانب من الفقه ^(٣) - ويحق - أن يحذر مجلس الدولة فى مصر حذر مجلس الدولة فى فرنسا ، فى ترخصه بالإكتفاء بالمصلحة الإقتصادية لقبول دعوى الإلغاء . خاصة ، وأن نصوصه قد جاءت خلوا من اشتراط المصلحة القانونية لقبول الدعوى القضائية أمام القضاء الإدارى ، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة المصرى ^(٤) على عدم قبول : " الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية " . فلم يشترط المشرع الوضعى المصرى المصلحة القانونية ، الأمر الذى يدل على رغبته فى التوسع فى معنى المصلحة ، بحيث تشمل المصلحة الإقتصادية ^(٥) .

وانظر أيضا : عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٦٢ ، رمزى سيف - الوسيط - ص ١١٣ ، ١١٤ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ٢٥٨ ، ص ١٩٦ - الماشى رقم (٣) ، أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٠ ، ص ١٦٨ .

^(١) أنظر :

CUCHE et VINCENT : OP . CIT ., P . 20 .

وانظر أيضا : رمزى سيف - الوسيط - ص ١١٤ ، أحمد السيد صاوى - الإشارة المقدمة .

^(٢) أنظر : أحمد السيد صاوى - الإشارة المقدمة .

^(٣) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - بند ٧٨ ص ١١٤ ، أحمد السيد صاوى - الإشارة المقدمة .

^(٤) القرار بقانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ .

^(٥) أنظر : أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٠ ، ص ١٦٨ .

والفصل السادس

إجازة بعض الدعاوى القضائية ، دون أن تستند
إلى حق ، أو دون أن تستند إلى حقوق بالمعنى الدقيق

يجيز المشرع الوضعى المصرى بعض الدعاوى القضائية ، دون أن تستند إلى حق -
كدعوى الإضرار بلاسبب ، الفسخ ، والبطالان - أو دون أن تستند إلى حقوق بالمعنى
الدقيق - كما هو الشأن فى دعاوى الحيابة .

الفرع الثانى

الشرط الثانى

أن تكون مصلحة شخصية ، ومباشرة
" الصفة ، أو الجانب الشخصى فى الدعوى القضائية " ^١

تمهيد ، وتقسيم :

قد ينشأ الحق فى دعوى قضائية نتيجة إعتداء على حق ما ، ولكن من الذى من سلطته استعمال هذا الحق ؟ .

لاشك أن الإجابة البديهية هى أن صاحب الحق المعتدى عليه هو الوحيد الذى يمكن أن تعود عليه منفعة من الفصل فيما بعد فى الدعوى القضائية . ومن ثم ، فهو وحده الذى يحتاج لحماية القضاء العام فى الدولة . ولذلك ، تقبل الدعوى القضائية - أى تكون صالحة للنظر فيها - مادام هو رافعها ، ويعبر عن ذلك بضرورة أن تكون المصلحة شخصية (٢) ، فلو وقع حادثاً أصاب أحد الأشخاص ، فإنه لايجوز لغيره أن يرفع دعوى قضائية ، يطالب فيها المسئول بتعويض المصاب ، فالمضروور وحده هو صاحب المركز الموضوعى المعتدى عليه . وبالتالي ، فهو وحده الذى تقبل منه دعوى التعويض ، أما غيره ، فهو ليس فى حاجة إلى الحماية القضائية ، أى ليس فى حاجة إلى استعمال

١ - فى بيان المصلحة الشخصية ، والمباشرة ، أنظر : وجدى راغب فهمى - نظرية العمل القضائى فى قانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - ص ٣٦٢ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - ص ١٦٦ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٣١ ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٩١ ، ومابعداها ، عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٥٠٨ ، ومابليه ، ص ٥٢٢ ، ومابعداها صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم العارض فى قانون المرافعات ، الرسالة انشار إليها ، بند ٨٦ ، ومابليه ، ص ١٥٤ ، ومابعداها .

(٢) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢١٦ .

الدعوى القضائية ، فإن استعملها ، كانت غير صالحة للنظر فيها ، لعدم شخصية المصلحة (١) .

وقد يحدث أن يكون لغير صاحب الحق المعتدى عليه مصلحة واقعية من رفع الدعوى القضائية ، إلا أن الفائدة التي يمكن الحكم بها لن تعود عليه رأساً ، وإنما عن طريق شخص آخر ، فهل تقبل الدعوى القضائية المرفوعة من غير صاحب الحق هذا ؟ .

الإجابة البديهية هنا أيضاً أن من تعود عليه الفائدة رأساً هو وحده صاحب الحق في الدعوى القضائية ، وليس غيره ، ويعبر عن ذلك بضرورة أن تكون المصلحة مباشرة ، فلو كان المصاب في المثال السابق هو زوجاً ، أو أباً لم يرغب في رفع الدعوى القضائية ، فإنه لا يجوز لزوجته ، أو ولده أن يرفع دعوى قضائية بطلب التعويض للمصاب ، والذي مازال على قيد الحياة ، رغم أن مبلغ التعويض ستستفيد به الأسرة ، فالتعويض يستحق أصلاً للمصاب - أي للزوج ، أو الأب - وبالتالي ، فمصلحة غيره من أفراد الأسرة هنا غير مباشرة . إذن ، لن تقبل دعواهم القضائية (٢) .

فتكون المصلحة شخصية في الدعوى القضائية إذا كانت الميزة ، أو المنفعة تعود على المدعى فيها . وتكون المصلحة مباشرة إذا كانت الميزة ، أو المنفعة تعود عليه من الحكم القضائي له فيها ، وليس عن طريق شخص آخر (٣) ، فإذا لم تكن الميزة ، أو المنفعة من الدعوى القضائية مقررة للمدعى ، أو كانت لا تعود عليه مباشرة من الحكم القضائي الذي سيصدر فيها . فإن هذا ، وذلك ، يعنيان أن المدعى ليست له مصلحة فيها (٤) . ومثال الحالات الأولى : مطالبة المتعاقد ببطلاق العقد ، لعب شاب إرادة متعاقد آخر .

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل : المرجع السابق ، ص ٢١٦ ، ٢١٧ .

(٢) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل : المرجع السابق - ص ٢١٧ .

(٣) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٥٨ ، ص ٢٤٦ .

٤ - في استعراض لحالات تكون المصلحة فيها غير شخصية ، وغير مباشرة ، انظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤٩ ، ص ٢٤٨ ، ٢٤٩ .

والدفع ببطلاق الإعلان القضائي من غير المعلن إليه ، ومثال الحالات الثانية : الدعوى القضائية التي يقيمها الكفيل ، لمطالبة المدين بأداء الإلتزام للدائن (١) .

والمصالح ففى دعاوى الزوجة للحصول على النفقة ، والمالك بالإستحقاق ، والمؤجر بفسخ عقد الإيجار ، أو بطلانه تكون شخصية مباشرة للمدعين فيها ، فالنفقة ميزة تعود على الزوجة ، والملكية ميزة تعود على المالك ، وفسخ العقد ، أو بطلانه ميزة تعود على المتعاقد . وهذه المزاي ، والمنافع تعود مباشرة على المدعين ، إذا حكم لصالحهم فى الدعاوى القضائية المرفوعة من جانبهم ، وليس عن طريق أشخاص آخرين (٢) .

فيقصد بكون المصلحة شخصية ، ومباشرة فى الدعوى القضائية : أن يكون المدعى فى الدعوى القضائية هو صاحب الحق ، أو المركز القانونى المطلوب حمايته ، وأن يكون المدعى عليه هو المعتدى على هذا الحق ، أو المركز القانونى (٣) .

وتكون المصلحة شخصية ، ومباشرة فى الدعاوى القضائية ، ولو أقيمت من الممثل القانونى للشخص ، كما فى دعاوى الأب ، للمطالبة بحق الصغير ، ومدير الشركة ، للمطالبة بحقوقها ، والأم ، للمطالبة بنفقة لأبناء ، والوكيل ، للمطالبة بحق الموكل (٤) . كما تكون المصلحة شخصية ، ومباشرة فى الدعوى المباشرة ، كدعاوى المؤجر على المستأجر من الباطن ، ففى مثل هذه الدعاوى القضائية تعود المزاي ، والمنافع من الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية للمدعى مباشرة ، وليس عن طريق شخص آخر (٥) .

وبالنسبة للقضايا التى ترفع من التركة ، أو عليها ، فإنه من المقرر - وفقاً للقاعدة التشريعية - أن الوارث ينتصب خصماً فى الدعوى القضائية عن باقى الورثة ، فى الدعاوى القضائية ، التى ترفع منها ، أو عليها ، بشرط أن يكون الوارث قد خاصم ، أو

(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - المرجع السابق - بند ١٥٨ ، ص ٢٤٧ .

(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٥٠٧ ، ص ٥٢٠ .

(٤) أنظر : أمينة مصطفى النمر : المرجع السابق - بند ١٥٨ ، ص ٢٤٦ .

(٥) أنظر : أمينة مصطفى النمر : المرجع السابق - بند ١٥٨ ، ص ٢٤٧ .

خوصم طالبا الحكم القضائي للتركة بكل حقها ، أو مطلوبا في مواجهته الحكم القضائي على التركة نفسها بكل ما عليها (١) .
ومن المقرر أن الوارث لا يتصل أى حق له بأموال التركة ، ولا يملكها ، مادامت التصفية قائمة ، عملا بالمواد (٨٨٤) ، (٨٨٩) ، (٩٠٠) (٩٠١) من القانون المدنى المصرى (٢) .

وتكون المصلحة شخصية ، ومباشرة فى الطعن على الأحكام الصادرة فى الدعاوى القضائية ، فمصلحة الطاعن المحكوم عليه تكون شخصية ، ومباشرة ، إذا كانت تعود عليه مباشرة من إلغاء الحكم القضائي المطعون فيه ، أو تعديله (٣) .
وتنص المادة الثالثة مكرر من قانون المرافعات المصرى (٤) على أنه :
" لايسرى حكم المادة السابقة (٥) على سلطة النيابة العامة طبقا للقانون فى رفع الدعوى والتدخل والطعن على أحكامها ، كما لايسرى أيضا على الأحوال التى يجيز فيها القانون

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/١٢/٢٢ - السنة (٢٢) - ص ١٠٧٩ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٠/١٢/١٥ - السنة (٢١) - ص ١٢٥٠ .

(٣) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المتقدمة .

٤ - والمضافة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ ، والمنشور بالجريدة الرسمية ، العدد (١٩) مكرر ، فى ١٩٩٦/٥/٢٢ .

٥ - ويقصد بها المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى ، والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ ، والمنشور بالجريدة الرسمية ، العدد (١٩) مكرر ، فى ١٩٩٦/٥/٢٢ ، والنقطة تنص على أنه :

" لا تقبل أى دعوى كما لا يقبل أى طلب أو دفع استنادا لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر ، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون .
ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محتمل أو الإستيفاق لحق يخشى زوال دليله عند الراجع فيه .
وتقتضى المحكمة من تلقاء نفسها ، فى أى حالة تكون عليها الدعوى ، بعدم القبول فى حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرتين السابقتين .
ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعى بغرامة إجرائية لاتزيد عن خمسمائة جنيه إذا تبين أن المدعى قد أساء استعمال حقه فى التقاضى " .

رفع الدعوى أو الطعن أو التظلم من غير صاحب الحق في رفعه حماية لمصلحة شخصية بقررها القانون .

وتواجه هذه الحالات سلطات النيابة العامة في التقاضى ، كما تواجه سلطات الممثل القانونى ، أو الإتفاقي للخصوم في الدعوى القضائية ، ومن ينوب عن غيره في اتخاذ الإجراءات القضائية - سواء كانت النيابة القضائية ، أم قانونية ، أم اتفاقية ^(١) . فإذا كانت الدعوى القضائية لا تقبل - كقاعدة - أمام القضاء إلا من صاحب الحق ، أو من ينوب عنه ، وهو مادرج الفقه ، وأحكام القضاء على التعبير عنه بشرط الصفة ، إلا أن هذا الأصل ترد عليه بعض الإستثناءات ، نظمها المشرع الوضعى المصرى ، فتقبل بعض الدعاوى القضائية ، دون أن يكون رافعها هو صاحب الحق المعتدى عليه ، ومن أمثلة ذلك : الدعوى غير المباشرة ، دعوى النيابة العامة في بعض الحالات ، دعوى الحسبة ، ودعوى النقابات ، والجمعيات .

فبعض الدعاوى القضائية يجوز رفعها رغم أن المصلحة فيها ليست شخصية ، أو غير مباشرة ، أى أن الميزة ، أو المنفعة المطلوبة فيها تكون مقررة لغير المدعى فيها ، أو لأنها تعود على المدعى فيها عن طريق الغير . ويعتبر هذا إستثناء يجب أن يستند إلى القانون الوضعى ، مع ملاحظة أن المدعى في مثل هذه الدعاوى القضائية يقيمها باسمه ، وليس باسم صاحب الحماية القانونية المطلوبة .

وعلة عدم قبول الدعوى القضائية من غير صاحب الحق ، أو من ينوب عنه ، هى أنه ليس لأحد أن يفتنت على صاحب الحق ، فينصب من نفسه قيما عليه . فصاحب الحق يكون أقدر على ترجيح مصلحته ، وقد يرى عدم رفع الدعوى القضائية . ومن ثم ، فليس من حق الغير أن يجبره على رفعها ، وإلا عد ذلك فضولا منه ^(٢) ، وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " إذا شطب الإستئناف الأول ، فقام المحامى تطوعا برفع استئناف ثانى عن الحكم القضائى الصادر في الدعوى القضائية ، وأثبتت المحكمة

^(١) في استعراض حالات المصلحة غير الشخصية ، أو غير المباشرة في الدعوى القضائية ، أنظر : أمينة مصطفى النمر - الدعوى ، وإجراءاتها - ١٩٩٠ - بند ٣٣ ، ص ٧٨ ، ٨٠ .

^(٢) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٢٦٣ ، أحد السيد صاوى - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠١ ، ص ١٦٩ .

أن الخصم في الدعوى القضائية منع محاميه من رفع هذا الاستئناف الذي تطوع برفعه ، فإن هذا الاستئناف يعد استئنافاً فضولياً لا وجود له ^(١) .

فعدم قبول الدعوى القضائية من غير صاحب الحق ، أو من ينوب عنه يرجع إلى أن صاحب الحق له أن ينزاع عن حقه بمقابل ، أو بغير مقابل ، مادام مستكملاً أهلية التصرف ، وغير قاصد من تصرفه تهريب أمواله من ضمان دائنيته ، فله من باب أولى أن يدعى بحقه ، أو يسكت عنه ، إذا ما ادعى عليه ، بل لا يجوز لأحد أن يجبره على الالتجاء إلى القضاء ، حيث أنه هو الذي يقرر مدى حاجته إلى الحماية القضائية . فالسبب في عدم قبول الدعوى القضائية من غير صاحب الحق ، أو من ينوب عنه ، أنه ليس لأحد أن يفتت على صاحب الحق ، فينصب من نفسه فيما عليه ، فصاحب الحق يكون أقدر على تجميع مصلحته ، وقد يرى عدم رفع الدعوى القضائية . ومن ثم ، ليس من حق الغير أن يحضره على رفعها ، وإلا عد ذلك فضولاً منه ^(٢) . وهكذا ، فلا يملك شخص أن ينصب من نفسه فيما على الغير يدافع عن حقوقهم ، ويدفع عنها الاعتداء ، بل لا يملك النيابة العامة نفسها ذلك ، مادامنا في مجال القانون الخاص ، والدفاع عن الحقوق الشخصية ^(٣) .

فلا تتوافر الصفة في الدعوى القضائية لدى الفضولي ، ولو كانت شأنها عاجلاً - كدعوى وقف الأعمال الجديدة ، والإشكال الوقتي بوقف التنفيذ - ومرجع هذا ، أن الدعوى القضائية يلزم لها في حالة إقامتها باسم الغير أن يكون هذا الغير نائباً قانونياً ، أو وكيلًا خاصاً ، تتوافر له الصفة الإجرائية ، أي إقامة الدعوى القضائية . متابعة إجراءاتها . أما في الفضالة ، فالنيابة لا تتوافر للفضولي عند إقامة الدعوى القضائية - كما هو الشأن في حالات إقامة الدعوى القضائية من الدائن للمطالبة بحقوق مدينه ، ومن المؤجر في

^(١) أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٣٦/١/٢٣ - مجموعة عمر - الجزء الأول - ق (٣١٨) ، مشيار لهذا الحكم لدى : أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠١ ، ص ١٦٩ .

^(٢) أنظر : عبد المنعم الشرفاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٢٦٣ ، إبراهيم محمد علي - المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ٢٣ .

٣ - أنظر : عبد المنعم الشرفاوي - نظرية المصلحة في الدعوى في قانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - ص ٢٦٨ .

مواجهة المستأجر من الباطن - وإنما يكون نائباً عن صاحب العمل ، بعد أن يقوم به ، وذلك في شأن علاقتهما " المادة (١٩٥) من القانون المدني المصري " ، وذات الأمر فيما يتعلق بوكالته عن صاحب العمل ، وفقاً للمادة (١٩٠) من القانون المدني المصري ، فهو لا يكون وكيلًا ، ولا تسرى قواعد الوكالة ، إلا بعد أن يقر صاحب العمل مقامه به القضولى (١) .

وإذا رفعت الدعوى القضائية من غير صاحب الحق ، أو المركز القانوني المطلوب حمايته ، فإنها لا تنال حيز القبول ، مهما كانت الفائدة التي تعود على رافعها من حماية حق غيره (٢) . وتطبيقاً لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بعدم قبول الدعوى القضائية التي ترفعها الزوجة في حياة زوجها ، لإبطال التصرف الحاصل منه لبعض أولاده ، بمقتضى أنه قد خرج بهذا التصرف عن أحكام الميراث ، لأنه لاصفة للزوجة في رفع هذه الدعوى القضائية ، مادام زوجها حياً ، حيث أن حق الزوجة في الميراث لا يقرر إلا بوفاة زوجها (٣) . كما لا تقبل الدعوى القضائية من أحد المنافسين لشركة ما بطلب بطلانها ، لعيب في تكوينها ، لأن له مصلحة في التخلص منها ، لأنها تنافسه ، لأن هذه المصلحة ، وإن استندت إلى مصلحة إقتصادية لرافعها ، إلا أنها لا تستند إلى أساس قانوني (٤) . وهذا ما أكدته أيضاً المحكمة الدستورية العليا في مصر ، حيث تقول في أحد

أنظر : أمينة مصطفى النمر - الدعوى ، وإجراءاتها - ١٩٩٠ - منشأة المعارف بالإسكندرية - جلد ٣٣ ، ص ٨٦ .

أنظر

CATALE et TERRE : Pr . Civ . Op . Cit . P . 214 ;
JAUFFRET : pr . Civ . Op . Cit . N . 34 ets ; COUCHEZ : Pr .
Civ . Op . Cit . N . 154 , 150 .

وانظر أيضاً : أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١٦٩ .

٣- أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٣٧/١/٢٨ - في الطعن رقم (٥٣) - لسنة (٦) ق ، ١٩٧٣/٦/٢٧ - السنة (٢٤) - ص ٩٨٢ ، ١٩٧٣/١/٢٥ - السنة (٢٤) - ص ١٠٨ ، ١٩٦٩/٦/١٧ - السنة (٢٠) ص ٩٢٠ ، ١٩٦٨/٣/٥ - السنة (١٩) - ص ٥٠١ .

(٤) أنظر : رمزي سيف - الوسيط - ص ١١٤ ، ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١٦٢ ، ومابعدها ، عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٣ .

أحكامها : " وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطاً لقبول الدعوى القضائية الدستورية ، وأن مناطها أن يكون ثمة ارتباطاً بينها ، وبين المصلحة القائمة في الدعوى القضائية الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية الدستورية لازماً للفصل في مسألة كلية ، أو فرعية ، تدور حولها الخصومة القضائية بأكملها ، أو في شق منها ، في الدعوى القضائية الموضوعية ، فإذا لم يكن له بها صلة ، كانت الدعوى القضائية الدستورية غير مقبولة ، مما مؤداه ، أنه لا يكفي لقيام المصلحة الشخصية المباشرة التي تعتبر شرطاً لقبول الدعوى القضائية الدستورية أن يكون النص التشريعي المطعون عليه مخالفاً في ذاته لنص الدستور المصري ، بل يتعين أن يكون هذا النص بتطبيقه على المدعى قد أدخل بأحد الحقوق التي كفلها ، على نحو ألحق به ضرراً مباشراً " (١) وتمهيداً للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة غصون متتالية ، وذلك على النحو التالي :

الفصل الأول : في تحديد معنى الصفة في الدعوى القضائية " إختلاف الرأي في تحديد معنى الصفة في الدعوى القضائية " .

الفصل الثاني : يذهب بعض الشراح إلى أن الصفة تعتبر شرطاً قائماً بذاته من شروط قبول الدعوى القضائية ، مستقلاً عن شرط المصلحة فيها .

والفصل الثالث : الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية لانعدام الصفة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية - لاشأن له بالنظام العام . وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

١ - أنظر : الحكم القضائي الصادر بجلسة ١٩٩٣/٥/١٥ - الدعوى : نقضية رقم (٧) - لسنة (٨) ق ، مشاراً لهذا الحكم لدى : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - تعليق على قانون المرافعات - الجزء الأول - ص ٧٦ .

الفصل الأول

فى تحديد معنى الصفة فى الدعوى القضائية " إختلاف الرأى فى تحديد معنى الصفة فى الدعوى القضائية "

إختلف الفقه حول تعريف الصفة فى رفع الدعوى القضائية لحماية الحق ، فذهب جانب منه إلى أنها تكون لصاحب الحق وحده ^(١) . بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفها بأنها المصلحة الشخصية المباشرة ^(٢) . وذهب جانب آخر من الفقه إلى أنها تلحق من له حق رفع الدعوى القضائية إلى القضاء ، نيابة عن المدعى الأصيل ^(٣) . ولذلك ، تعرف بأنها السلطة الشرعية لرفع الدعوى القضائية ^(٤) ، سواء كان صاحب هذه السلطة هو صاحب الحق " أى مايعبر عنه بالجانب الشخصى " ، أم كان صاحب صفة إستثنائية ، تستند إلى نص القانون الوضعى - كالدائن الذى يرفع الدعوى غير المباشرة - ^(٥) أو هى الوصف الذى يوصف به من يرفع الدعوى القضائية فى أوراق الخصومة القضائية ، فيكون ذا صفة ، كالمالك ، أو صاحب الحق المتنازع عليه ، والوكيل الشرعى ، والإتفاقي

١ - أنظر : جلاسون ، تيسيه : المرجع السابق ، الجزء الأول ، بند ١٨١ ، ص ٤٣٧ ، محمد ، عبد الوهاب المشماوى : قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن ، طبعة سنة ١٩٥٧ ، بند ٥٨٠ ، ص ٥٨٠ .

٢ - أنظر : موريل : المرجع السابق ، ، بند ٢٧ ، رمزى سيف : الوسيط ، ، بند ٨٠ ، ص ١١٥ ، عبد المستعم الشرقاوى : نظرية المصلحة فى الدعوى ، الرسالة المشار إليها ، بند ٢٦٥ ، ص ٢٧١ . أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية ، والتجارية ، الطبعة الثالثة عشرة ، بند ١٠٤ ، ص ١١٣ .

٣ - أنظر : جارسونيه : المرجع السابق ، الجزء الأول ، بند ٣٦٣ ، جايو : المرجع السابق ، بند ٦٩ ، محمد حامد فهمى : المرجع السابق ، بند ٣٣٨ ، ص ٣٦٧ ، صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض فى قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٨٦ ، ص ١٥٤ .

٤ - أنظر : جارسونيه ، صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : الإشارات المقدمة .

٥ - أنظر : صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض فى قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٨٦ ، ص ١٥٤ ، الهامش رقم (١) .

، ودائنو المدين (١) . بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الصفة بقصد بها أن تكون الدعوى القضائية شخصية ، فالصفة تقوم على وجود علاقة قانونية بين أطراف الدعوى القضائية ، وموضوعها (٢) .

ففى تحديد معنى الصفة فى الدعوى القضائية ذهب جانب من الفقه - ويحق - إلى أن الصفة فى رفع الدعوى القضائية لحماية الحق تكون لصاحب الحق وحده (٣) ، فالمقصود هو أن يكون المدعى فى الدعوى القضائية هو صاحب الحق ، أو المركز القانونى المطلوب حمايته ، وأن يكون المدعى عليه هو المعتدى على هذا الحق ، أو المركز القانونى (٤) . فالصفة فى الدعوى القضائية لا تثبت إلا لصاحب الحق ، أو المركز القانونى المدعى به ، ولمن يدعى عليه بهذا الحق (٥) . وبعبارة أخرى ، فإن الدعوى القضائية يجب أن تنسب لإيجابا لصاحب الحق المدعى به . وسلبا لمن يدعى بوجود الحق فى مواجهته (٦) . فلا تثبت الصفة فى الدعوى القضائية إلا لأطراف الدعوى القضائية ،

١ - أنظر : جارسونيه : الإشارة المقدمة .

٢ - أنظر : إبراهيم نجيب سعد : القانون القضائي الخاص ، بند ٦٣ ، ص ١٦٦ ، و جدى راغب فهمى : النظرية العامة للعمل القضائي فى قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، ص ٤٩٥ ، فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، بند ٣٥ ، ص ٧٢ .

٣ - أنظر : جلاسون ، تيسيه : المرجع السابق ، الجزء الأول ، بند ١٨١ ، ص ٤٣٧ ، محمد ، عبد الوهاب العشماوى : قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن ، طبعة سنة ١٩٥٧ ، بند ٥٨٠ ، ص ٥٨٠ .

(٤) أنظر : أنظر : محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٩٣ ، ٩٤ ، عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٥٠٧ ص ٥٢٠

٥ - فالصفة فى الدعوى القضائية هى التى تحدد أطرافها ، وهم من يستفيدون من الحقوق ، وينتسمون بالواجبات التى ترتبها الخصومة القضائية الناشئة عنها .

(٦) أنظر :

VINCENT et GUINCHARD : OP . CIT . , N . 28 , P . 49 , 50 ;
CADIET : OP . CIT . , N . 736 , p . 382 .

والذين تنسب إليهم الحقوق ، والواجبات التي تنشأ عن . ويكون الحكم القضائي الصادر فيها حجة لهم ، وعليهم فقط .

فالصفة في الدعوى القضائية ليست إلا وصفا من أوصاف المصلحة ، وهو ما يعبر عنه بأن تكون المصلحة شخصية ، ومباشرة . بمعنى ، أن يكون من يرفع الدعوى القضائية هو صاحب الحق ، أو المركز القانوني المراد حمايته ، أو من ينوب عنه - كالوكيل بالنسبة للموكل ، وكأوصى ، أو الولي بالنسبة للقاصر ^(١) - فالمصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى القضائية هي أن يكون رافعها قد تضرر من الإعتداء الواقع عليه ، وأن يطلب فيها إزالة هذا الإعتداء .

فصاحب الصفة في الدعوى القضائية هو صاحب الحق ، ولمعرفة ما إذا كان الشخص صفة في رفع الدعوى القضائية ، من عدمه ؟ ، فإنه يجب أن نتعرف على ما إذا كان هو صاحب الحق الذي يراد حمايته ، فلا تقبل الدعوى القضائية من غير صاحب الحق ، أو المركز القانوني المعتدى عليه ، مهما كان للغير مصلحة في حماية حق غيره ، وهذا المعنى لا يختلف عن معنى المصلحة الشخصية ، فالصفة ليست في نهاية الأمر سوى أحد الشروط التي يجب أن تتوافر في المصلحة ، منظورا إليها من وجهة ما ^(٢) . فيقصد بالصفة في رفع الدعوى القضائية أن تكون الدعوى القضائية شخصية ، أي أنها تعبر عن الجانب الشخصي فيها ^(٣) .

وانظر أيضا : فتحى والى - الوسيط - بند ٣١ ، ص ٥٨ ، ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - بند ٦٣ - ١٦٥ ، وجدى راغب فهمى - مبادئ - ص ١٢٣ .

١ - أنظر : أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١٢٢ ، محمود محمد هاشم - إجراءات التقاضى ، والتنفيذ - ص ٤٠ .

^(٢) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - بند ١١٠ ، عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - ص ٢٦٩ ، ٢٧١ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط - ص ١٨١ .

٣ - أنظر :

VINCENT et GUINCHARD : Pr . Civ . 23 ed . Op . Cit . N . 107 , P . 24 ; J . VINCENT : Rep . Pr . Civ . action , N . 82 et s .

وانظر أيضا : وجدى راغب فهمى - ص ١١٨ ، ١٢٣ ، ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - الجزء الأول - ص ١٤٦ ، ١٦٦ ، فتحى والى - الوسيط في قانون القضاء المدنى - ص ٥٨

وقد درج القضاء ، والعمل على التعبير عن خصيصة المصلحة الشخصية المباشرة بشرط الصفة ، فيقال عن الدعوى القضائية المرفوعة من الشخص الذى يخوله القانون الوضعى سلطة رفعها - وهو صاحب المصلحة الشخصية المباشرة - بأنها مرفوعة من ذى الصفة (١) .

فإذا كانت المصلحة الشخصية المباشرة تذكر كشرط مستقل لقبول الدعوى القضائية ، فهي فى الواقع تكون مندرجة فى شرط توافر المصلحة فيها ، باعتبار أن القول بوجود ميزة ، أو منفعة تعود على المدعى مباشرة ، يعنى أن للمدعى مصلحة فى الدعوى القضائية . وبعبارة أخرى ، يستخلص من القول بأن المدعى له مصلحة أنه يعود عليه من الدعوى القضائية ميزة ، أو منفعة ، وأنها تعود عليه مباشرة .

وخلص القول ، أن المصلحة الشخصية المباشرة ليست شرطاً مستقلاً لقبول الدعوى القضائية ، وإنما يتضمنها شرط تطلب المصلحة فيها ذاتها (٢) . فبالنظر إلى أن الصفة فى الدعوى القضائية تثبت لمن تتوافر له فى رفع الدعوى القضائية مصلحة شخصية ، ومباشرة ، فإنه لا حاجة لجعل الصفة شرطاً مستقلاً لقبول الدعوى القضائية ، وإنما هى وصفاً من أوصاف المصلحة ، والتى جعلها المشرع الوضعى هى مناط قبول الدعوى القضائية .

بينما ذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود باشتراط المصلحة الشخصية ، والمباشرة أن يكون رافع الدعوى القضائية هو صاحب الحق ، أو المركز القانونى المراد حمايته ، أو من ينوب عنه " أى ممثله ، أو من يقوم مقامه " ، كالوكيل - بالنسبة للموكل - والولى ، أو الوصى - بالنسبة للقاصر (٣) . ويترتب على ذلك ، أن الدعوى القضائية لا تقبل من

، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٤٤ .

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢١٧ .

(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٥٨ ، ص ٢٤٧ .

(٣) أنظر :

غير صاحب الحق ، أو المركز القانوني المعتدى عليه ، كما لا تقبل من صاحب الحق ، فيما يجاوز مركزه القانوني ، أو حقه (١) . فلا تقبل الدعوى القضائية ... كقاعدة - أساس ، القضاء إلا من صاحب الحق ، أو من يلوب عنه ، وهو ما درج الفقه (٢) ، وأحكام القضاء على التعبير عنه بشرط الصفة . فالصفة تلحق من له حق رفع الدعوى القضائية إلى القضاء ، نيابة عن المدعى الأصلي (٣) . ولذلك ، تعرف بأنها السلطة الشرعية لرفع الدعوى القضائية (٤) ، سواء كان صاحب هذه السلطة هو صاحب الحق " أي ما يعبر عنه بالجانب الشخصي " ، أم كان صاحب صفة إستثنائية ، تستند إلى نص في القانون الوضعي - كالدائن الذي يرفع الدعوى غير المباشرة (٥) - أو هي الوصف الذي يوصف به من يرفع الدعوى القضائية في أوراق الخصومة القضائية ، فيكون ذا صفة

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٤ ، ص ١٢٤ ، رمى سيف - الوسيط - بند ٧٩ ، عبد المنعم الشرقاوي - شرح المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٤١ ، أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠١ ، ص ١٦٨ ، ١٦٩ ، إبراهيم محمد علي - المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ٢١ .

(١) أنظر : إبراهيم محمد علي - المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ٢١ .

(٢) أنظر : أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٢٩٩ ، ص ٣٣٤ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٤ ، أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠١ ، ص ١٦٩ .

٣- أنظر : جارسونيه : المرجع السابق ، الجزء الأول ، بند ٣٦٣ ، جابيو : المرجع السابق ، بند ٦٩ ، محمد حماد فهمي : المرجع السابق ، بند ٣٣٨ ، ص ٣٦٧ ، صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض في قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٨٦ ، ص ١٥٤ .

٤- أنظر : جارسونيه ، صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : الإشارات المقدمة .

٥ - أنظر : صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض في قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٨٦ ، ص ١٥٤ ، الهامش رقم (١) .

كالمالك ، أو صاحب الحق المتنازع عليه ، والوكيل الشرعي ، والإتفاقي ، ودانتو
المدين (١) .

١ - أنظر : جارسونيه : الإشارة المقدمة .

الفصل الثاني

ذهب جانب من الفقه إلى أن الصفة تعتبر شرطاً قائماً بذاته
من شروط قبول الدعوى القضائية ، مستقلاً عن شرط
المصلحة فيها

ذهب جانب من الفقه إلى أن الصفة في رفع الدعوى القضائية تعتبر شرطاً قائماً بذاته من شروط قبولها ، مستقلاً عن شرط المصلحة فيها ، ويعبرون عنه بشرط الصفة ، فيقال أنه يشترط لقبول الدعوى القضائية فضلاً عن شرط المصلحة ، توافر الصفة ^(١) . فالصفة في الدعوى القضائية ليست هي المصلحة الشخصية ، والمباشرة للخصم فيها ، بل هي شرطاً مستقلاً ، ويقصد بها : السلطة التي يباشر بمقتضاها الشخص الدعوى القضائية أمام القضاء ، وهي تكون عادة لصاحب الحق المدعى به ، أو لمن تلقى الحق عنه بأي طريق كان ، كما تكون كذلك لممثل الشخص الاعتباري ، ولممثل صاحب الحق المطالب بحمايته أمام القضاء ، أو لمن أحله القانون محله في الادعاء ، وللنيابة العامة في بعض الحالات ، حيث يميز هذا الجانب من الفقه بين المصلحة الشخصية المباشرة ، والصفة فإذا كان صاحب المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى القضائية هو في الغالب صاحب الصفة في رفعها ، إذا تعلق الأمر بشخص يطالب بحق لنفسه ، فإن المصلحة قد تثبت لشخص ، بينما تكون الصفة - أي القدرة على مباشرة الدعوى القضائية - لشخص آخر ^(٢) . فيجب التمييز بين المصلحة المباشرة ، والصفة فيها ، لأن المصلحة

^(١) أنظر : رمزي سيف - الوسيط - ص ١٤٠ ، إبراهيم محمد علي - المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ٢٢ .

^(٢) أنظر :

H . SOLUS et R . PERROT : Droit judiciaire prive , T . 1 ,
1969, N . 263 , 244 , 245.

وانظر أيضاً : محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية ، والتجارية - طبعة سنة ١٩٤٠ - بند ٣٣٨ ، ص ٣٦٧ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - ١٩٧٨ - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند ٣٠٦ ، ص ٣٢٩ ، رمزي سيف - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثامنة - ١٩٦٨/١٩٦٩ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٧٩ ، ص ١١٤ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات

الشخصية هي الفائدة التي تعود على الشخص من مباشرة الدعوى القضائية ، أما الصفة فهي سلطة مباشرتها ^(١) . فالصفة طبقاً لهذا الاتجاه تعنى قدرة الشخص على مباشرة الدعوى القضائية . وفى الدعاوى القضائية العادية لابد من رفعها من ذى الصفة على ذى الصفة ، وإلا وجب تأجيلها ، لاختصاص صاحب الصفة الحقيقى ، بدلا من الحكم بعدم قبولها ، ثم إعادة رفع الدعوى القضائية من جديد على صاحب الصفة الحقيقى ، فتتص المادة (٢/١١٥) من قانون المرافعات المصرى ^(٢) على أنه :

" وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لعيب في صفة المدعى عليه قائم على أساس ، أجلت الدعوى لإعلان ذى الصفة ويجوز للمحكمة في هذه الحالة الحكم على المدعى بغرامة لا تقل عن خمسين جنيها ، ولا تجاوز مائتى جنيه " .

وتطبيقاً لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية : " بعدم قبول الدعوى القضائية التي ترفعها الزوجة في حياة زوجها ، لإبطال التصرف الحاصل منه لبعض أولاده ، بمقولة أنه قد خرج بهذا التصرف عن أحكام الميراث ، لأنه لاصفة للزوجة في رفع هذه الدعوى القضائية ، مادام زوجها حيا ، فحق الزوجة في الميراث ، لا يتقرر إلا بوفاة زوجها " ^(٣) .

المدنية ، والتجارية - الطبعة الرابعة عشرة - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالإسكندرية - بند ١٠٤ ، ص ١٢٢ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - طبعة سنة ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٠٦ ، ص ١٨١ .

^(١) انظر : وجدى راغب فهمى - ص ١٤٧ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - ص ١٦٦ ، فتحى والى - الوسيط في قانون القضاء المدنى - ص ٥٨ .

٢ - والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (١٨) لسنة (١٩٩٩) ، والخاص بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المصرى .

^(٣) انظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٣٧/١/٢٨ - فى الطعن رقم (٥٣) - السنة (٦) ق ، مشاراً لهذا الحكم لدى : أحمد السيد صاوى - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠١ ، ص ١٦٩ .

كما قضت بأنه : " متى كان العقار مملوكا لعدة شركاء ، فليس من حق الشريك سوى المطالبة بنصيبه فقط من الأجرة ، دون أن يكون له الحق في المطالبة بكامل الأجرة ، إلا إذا كان وكيلًا عن باقي الشركاء ، وبشرط أن يقدم للمحكمة أسماء موكليه ، وماثبت توكيله عنهم " (١) .

(١) أنظر : نقض ملق مصرى - جلسة ١٩٣٤ / ٧ / ٦ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء الأول - رقم (١٩١) ، مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد السيد صاوى - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠١ ، ص ١٦٩ .

والغصن الثالث

**الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية لانعدام الصفة - وعلى ماجرى
بـه قضاء محكمة النقض المصرية - لاثـان له بالنظام العام**

حسـم قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ الخلاف حول ماإذا كانت المصلحة فى الدعوى القضائية بمقوماتها - بما فيها الصفة - من النظام العام ؟ ، أم لا ، فاعتبر أن الصفة فى الدعوى القضائية ليست من النظام العام ، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة (١١٥) من قانون المرافعات المصرى ^(١) على أنه :

" وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائـم على أساس ، أجلت الدعوى لإعلان ذى الصفة ويجوز للمحكمة فى هذه الحالة الحكم على المدعى بغرامة لا تقل عن خمسين جنيها ولا تجاوز مائتى جنيه " .

وهذا النص لم يكتف بتقرير أن الصفة فى الدعوى القضائية ليست من النظام العام ، بل أوجب على المحكمة أن تؤجل الدعوى القضائية ، وتكلف المدعى باختصاص ذى الصفة ، ومقتضى ذلك أن المحكمة لايجوز لها من تلقاء نفسها ، ولابدفع من الخصم فى الدعوى القضائية أن تقضى بعدم قبول الدعوى القضائية ، لرفعها على غير ذى صفة .

١ - والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩ ، والخاص بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المصرى .

الفرع الثالث

الشرط الثالث

أن تكون الدعوى القضائية مستندة إلى مصلحة قائمة ، وحالة ،
أو واقعية " وقوع إعتداء على الحق المدعى ، أو المنازعة في
المركز القانوني المدعى " ، أي أن هناك ما يبرر طلب الحماية
القضائية (١)

تنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري على أنه :
" لا تقبل أى دعوى كما لا يقبل أى طلب أو دفع إستنادا لأحكام هذا القانون أو أى قانون
آخر ، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون " .
ومقتضى النص المتقدم أنه لا يكفي بأن تكون المصلحة قانونية بالمعنى المتقدم ، حتى تقبل
الدعوى القضائية ، أى ينشأ الحق فيها ، وإنما يلزم أيضا أن تكون واقعية ، أى أن تكون
بتعبير المشرع الوضعى المصرى قائمة (٢) ، فإذا لم تكن المصلحة كذلك ، فلا تكفى
لقبول الدعوى القضائية ، وإن كانت قانونية (٣) .
وبدیهى أن الفرد لا تقوم به الحاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء إذا لم يكن قد تم الإعتداء على
حقه ، أو مركزه القانوني ، ولم يهدد بالإعتداء عليه . وعلى ذلك ، فلا تظهر المصلحة
الواقعية إلا عند الإعتداء على الحق ، أو المركز القانوني - على فرض وجوده - أو

(١) أنظر : بوكيارد - بند ٣٤ ، ص ٣٢ ، فنان ، جنشار - بند ٢٧ ، ص ٤٩ - ٥١ ، وجدى
راغب فهمى - مبادئ الخصومة - ص ١٢٣ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص -
ص ١٥ .

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدني -
١٩٩١/١١٩٠ - ص ٥٥ .

(٣) أنظر : محمود محمد هاشم : المرجع السابق - ص ٥٥ ، ٥٦ .

التهديد بالإعتداء عليه^(١) ، لأنه في هذه اللحظة نشأ له الحاجة إلى الحماية القضائية . طالما هو ممنوعاً من حماية حقه بنفسه ، لأنه إذا لم يلجأ إلى القضاء بقصد الحصول على حمايته ، فإن ضرراً معيناً يلحق به ، وهذا هو المقصود بواقعية المصلحة^(٢) . ويقصد بالمصلحة القائمة : أن يكون رافع الدعوى القضائية ، أو المركز القانوني الذي يقصد حمايته برفعها قد وقع عليه إعتداء بالفعل ، أو حصلت منازعة بشأنه ، فيتحقق الضرر الذي يبرر الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة^(٣) . فتتمثل المصلحة الواقعية في الضرر الذي يقع على المدعى في الدعوى القضائية ، إذا لم يحصل على حكم قضائي من القضاء العام في الدولة فيها ، وأن من شأن هذا الحكم القضائي - بفرض صحة مايدعيه المدعى في الدعوى القضائية - أن يزيل هذا الضرر . بمعنى ، أن تكون هناك فائدة عملية تعود على المدعى من الحكم القضائي له بطلباته القضائية ، يكون محروماً منها قبل الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية .

فالضابط لتحقيق المصلحة القائمة ، هو وقوع الضرر بالفعل على الحق ، أو المركز القانوني ، كأن يغتصب شخص عينا في حيازة شخص آخر ، أو يمتنع مدين عن سداد دين حل أجله^(٤) .

فيقصد بالمصلحة القائمة : أن يكون المساس بالحق قد حدث فعلاً ، بإنكاره ، أو التشكيك فيه . ويقصد بالمصلحة الحالية : أن يكون المساس بالحق الذي ولد المصلحة قد أثمر

(١) أنظر :

SOLUS et PERROT : OP . CIT . , N . 229 .

وانظر أيضاً : أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١١٠ ، عبد النعم الشرفاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - ص ٤٨ ، رمزي سيف - الوسيط - بند ٨٧ ، محمد حامد فهمي - بند ٣٣٦ ، أحمد السيد صاوي - الوسيط - بند ١٠٣ ، ص ١٧٥ .

(٢) أنظر . محمود محمد هاشم : المرجع السابق . ص ٥٦ .

(٣) أنظر : عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٣ . إبراهيم محمد علي - المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ٢٣ .

(٤) أنظر . أحمد السيد صاوي - الوسيط - بند ١٠٣ ، ص ١٧٥ .

نتائج الضارة فوراً ، بحيث يكون قد حرم صاحب الحق من الفائدة التي كان يحصل عليها من الحق (١) . فإذا لم يحدث إعتداء على الحق بأى صورة من الصور ، فمعنى ذلك أنه لم تخرق القاعدة القانونية . وبالتالي ، لم تنشأ حاجة إلى الحماية القضائية ، إذ أن الحياة العملية الواقعية تكون عندئذ متطابقة مع مفترض القاعدة القانونية ، فلم يعد هناك محلاً لإعمال عنصر الأثر ، أو الجزاء فيها (٢) .

وإذا حدث إعتداء على الحق بالفعل ، إلا أن الحرمان من منافعه لم يحدث بعد ، لأن الإعتداء لم يحدث ضرراً في حينه . فعندئذ ، تكون المصلحة قد تولدت ، إلا أن الدفء عنها لم يحن بعد ، فهي مصلحة ليست حالة ، ولكنها مستقبلية ، أو مؤجلة . وبناء عليه ، إذا حل أجل الدين ، فأبكر المدين وجوده ، كان للدائن مصلحة قائمة ، وحالة في رفع دعوى قضائية للمطالبة به ، فقد حدث الإعتداء بإنكار المدين ، وحدث الضرر حالا ، نتيجة حلول أجل الدين ، أما إذا لم ينكر المدين ما عليه ، وعرض استعداده للوفاء ، فإن المصلحة في الدعوى القضائية عندئذ لا تكون قائمة ، وإذا أنكر الدين المؤجل ، فإن المصلحة في الدعوى القضائية تكون عندئذ قائمة ، لكنها غير حالة ، ويجب على صاحب الدعوى القضائية أن ينتظر لحين حلول الأجل (٣) .

ويتمثل الإعتداء على الحق ، أو المركز القانوني في عدة صور ، فقد يظهر في صورة مقبولة فعلية لصاحب الحق بطريقة إيجابية ، أو سلبية ، يترتب عليها ضرراً بين المدعى فى الدعوى القضائية ، ومباشرة حقوقه . فعندئذ ، يكون المطلوب الإلزام بأداء معين . وقد يتخذ النزاع صورة الشك حول مركز قانوني معين ، وهذا الشك ، والتجهيل يصيب صاحب الحق ، أو المركز القانوني بضرر ، يجعله في حاجة إلى إزالة تجهيل هذا المركز ، عن طريق الحكم القضائي الصادر فى الدعوى القضائية بثبوت الحق ، أو المركز القانوني ، وتقديره (٤) .

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٦ .

٢ - أنظر : إبراهيم محمد على - الإشارة المقدمة .

(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٧ .

٤ - أنظر : إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - الجزء الأول - ص ١٥١ ، أنور طلبة - موسوعة المرافعات المدنية - الجزء الأول - ص ٥٤ ، محمد محمود إبراهيم - الوجيز - ص ٦٢٨ : نبيا

ويقع عبء إثبات وجود مصلحة قائمة ، وحالة على المدعى فى الدعوى القضائية (١) .
وعلة اشتراط أن تكون الدعوى القضائية مستندة إلى مصلحة قائمة ، وحالة ، أو واقعية
" وقوع إعتداء على الحق المدعى ، أو المنازعة فى المركز القانونى المدعى " ، أى
أن هناك ما يبرر طلب الحماية القضائية ، أنه لاجابة لصاحب الحق فى أن يلجا إلى
القضاء إذا لم ينزع فى حقه ، أو مركزه القانونى ، فضلا عن أن مهمة القضاء هى
الفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، وحيث لامنازة
حول الحق ، أو المركز القانونى ، فإنه لا يصح أن يشغل القضاء العام فى الدولة
بمنازعات لم تحل بعد (٢) .

فلا يكفى لقبول الدعوى القضائية الإدعاء بحق ، بل يشترط أيضا أن يكون الحق المدعى ،
أو المركز القانونى الذى يهدف المدعى إلى حمايته قد اعتدى عليه ، أو حصلت له
منازعة فيه ، أى أن هناك ما يبرر طلب الحماية القضائية (٣) ، وهذا ما تقرره المادة
الثالثة من قانون المرافعات المصرى ، حيث تقضى بأنه لا يقبل أى طلب ، أو دعوى
لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ، فحيث لا فائدة عملية تعود على المدعى
من الحكم القضائى له بطلبه ، أو دعواه القضائية ، فلا يقبل ، وذلك لأن المحاكم ليست
بمعاهد ، أو أكاديميات نظرية ، وإنما هى سلطة من سلطات الدولة ، تعمل لاتباع
حاجات عملية للمواطنين (٤) . وإلى هذا ذهب محكمة النقض المصرية ، فقد قضت فى

إسماعيل عمر - أصول المرافعات - ص ٤٧٧ ، عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى -
بند ٤٩٦ ، ص ٥٠٧ ، ٥٠٨ .

(١) أنظر : عبد الحميد الشواربى - الدفوع المدنية " الإجرائية ، والموضوعية " - ص ٧٦٥ .

٢ - أنظر :

CORNY et FOYER : Proc . Civ . Themis . Paris . 1958 . p . 301
; CUCHE et VINCENT : OP . cit . , N . 15 . P . 21 ; SOLUS
et PERROT : OP . CIT . , p . 204 , N . 229 .

وانظر أيضا : محمد حامد فهمى - بند ٣٣٦ ، عبد النعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى -
الرسالة المشار إليها - ص ١١٨ ، ١١٩ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط - بند ١٠٣ ، ص ١٧٦ .

(٢) أنظر : عبد الحميد الشواربى - الدفوع المدنية " الإجرائية ، والموضوعية " - ص ٧٦٤ .

٣ - أنظر : وجدى راغب فهمى - المرجع السابق - ص ١٢٣ .

أحد أحكامها بأنه : "دعوى بطلان العقد ، لصوريته صورية مطلقة ، لا يصلح لقبولها وجود مصلحة نظرية بحتة ، فلا تقبل إلا ممن له مصلحة قائمة ، وحالة فيها ، بحيث تعود عليه فائدة عملية من الحكم القضائي له بطلبه القضائي" (١) . فامتناع المدين عن الوفاء بالتزامه للدائن ، بالرغم من حلول أجل الدين ، يحرم دائنه من الانتفاع بحقه . لذلك ، تقبل دعوى الدائن القضائية للمطالبة بدين حل أجله ، أما قبل حلول الأجل ، فلا تقبل دعواه القضائية ، لعدم قيام المصلحة ، حتى ولو كان يتوقع إمتناع مدينه عن الوفاء ، عند حلول أجل الدين (٢) ، وذلك لأن الأصل في نظامنا القضائي أن تكون الدعاوى القضائية علاجية ، أى ترمى إلى دفع اعتداء وقع بالفعل ، أو إصلاح ضرر حصل فعلا . كما أنه لا مصلحة للزوجة فى رفع دعوى بطلان تصرفات زوجها أثناء حياته ، وقبل أن يصير وارثة . ولا مصلحة للوارث فى طلب بطلان إقرار صادر من مورثه بملكية الغير لمال لا يدعى الوارث أن له حقا حالا عليه . وكذلك ، لا تقبل دعوى إثبات حالة ضرر لم يتحقق بعد (٣) . غير أنه يجوز الإستشكال فى التنفيذ قبل الشروع فيه .

(١) أنظر : نقض مدين مصرى - جلسة ١٩٧٧/١/١٩ - السنة (٢٨) - ص ٢٧٦ ، ١٩٧٩/٩/٢٥ - نى الطعن رقم (١٣٥) - لسنة (٤٦) ق ، مشارا لـ هذين الحكمين لدى : عز الدين الدناصورى ، وحامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الجزء الأول - بند ١٥٤ - ص ٦٦ .

(٢) أنظر : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز ، عبد الحميد الشوارى - الإشارة المقدمة .

(٣) أنظر : عبد الحميد الشوارى - الإشارة المقدمة .

الفرع الرابع

فى الحالات التى يكون فيها الإعتداء على الحق غير مؤكد ، وإنما كان مجرد احتمال ، فهل يجوز عندئذ رفع الدعوى القضائية ، تفاديا لوقوع الإعتداء فى المستقبل ؟

فى الحالات التى يكون فيها الإعتداء على الحق غير مؤكد ، وإنما كان مجرد احتمالا ، فهل يجوز عندئذ رفع الدعوى القضائية ، تفاديا لوقوع الإعتداء فى المستقبل ؟ ، كما إذا كان الدين غير مستحق الأداء بعد ، وأتى المدين تصرفات يكتشف بها عن أنه قد ينكر الدين ، أو ينازع فيه عند استحقاقه مستقبلا ، فهل يجوز للدائن عندئذ أن يرفع الدعوى القضائية على المدين ، لإثبات الدين فى مواجهة المدين ، ومطالبته بالوفاء ؟ ، أم أن عليه أن ينتظر حتى يحل موعد استحقاق الدين ؟ .

يجوز أن يقوم الدائن عندئذ بمقاضاة مدينه الذى صدرت عنه أعمالا ، أو تصرفات مادية ، تسطوى على إنكار جدى لحقه ، ويطلق على هذه الدعوى القضائية عندئذ : " الدعوى القضائية التقريرية " .

فإذا كان الأصل أن الدعوى القضائية لا تقبل إلا إذا كانت المصلحة فيها فائمه ، فإن الفقه (١) ، وأحكام القضاء قد جريا على قبول الدعاوى القضائية التى تكفى فيها المصلحة المحتملة . بمعنى ، أن الضرر فيها لم يقع بعد على الحق ، أو المركز القانونى المراد حمايته ، وإنما يحتمل وقوعه .

والمقصود بالمصلحة المحتملة ، هو : عدم وجود نزاعا قائما ، وحالا حول الحق المدعى ، أى أن الإعتداء الفعلى يكون محتملا ، أو مستقبلا ، أو أنه وقع ، ولكن الضرر الذى يترتب عليه يكون ضررا محتملا ، أو مستقبلا . وبعبارة موجزة ، إن الإحتمال المدعى قد يتوافر فى الإعتداء ، أو فى الضرر الذى ينتج عنه ، ولكن لا يتصور فى المصلحة

(١) أنظر :

VIZIOZ : OP . CIT . , P . 205 .

وانظر أيضا : أحمد السيد صاوى - الوسيط - بند ١٠٣ ، ص ١٧٦ .

ذاتها^(١) . وعلى ذلك ، فإن الإستثناء الذى أورده المشرع الوضعى المصرى لايرد على شرط المصلحة فى الدعوى القضائية ، وإنما يرد على شرط وقوع الضرر^(٢) . فالمشرع الوضعى المصرى يشترط المصلحة دائما لقبول الدعوى القضائية ، وإنما يتخفف فى بعض الحالات ، فلا يشترط أن تكون هذه المصلحة قائمة ، فيجوز قبول الدعوى القضائية ، رغم أن الضرر لم يقع بالفعل ، ولكن يحتمل وقوعه ، فالإستثناء إذن يكون على وصف المصلحة فى الدعوى القضائية ، وليس على شرط المصلحة فيها نفسه ، لأن المسلم به أنه لا دعوى قضائية بغير مصلحة . فيلزم لقبول الدعوى القضائية فى جميع الأحوال توافر المصلحة القائمة ، والحالة ، فالمصلحة تعنى الحاجة إلى حماية القضاء ، فإذا لم تنشأ هذه الحاجة ، فلا ينشأ الحق فى الدعوى القضائية . وبالتالي ، لا تقبل الدعوى القضائية ، وليس هناك ما يمكن تسميته بالمصلحة المحتملة ، والواردة فى سياق نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى ، فالإحتمال لايرد على المصلحة ، وإنما يرد على احتمال وقوع الضرر . وعلى هذا ، فإن التعبير الوارد فى سياق النص القانونى المشار إليه بالمصلحة المحتملة يكون تعبيراً غير دقيق ، إذ أن المصلحة لا يمكن أن تكون إلا قائمة ، وحالة ، عند رفع الدعوى القضائية ، إذ لا يتصور أن يرفع شخص دعوى قضائية إلا أن تكون له مصلحة - الفائدة العملية التى تعود عليه من الحكم القضائى له فى ادعاء معين - وهذه المصلحة لأبد وأن تكون قائمة ، وحالة^(٣) . فالقضاء لا يعمل إلا إذا كانت هناك حاجة فعلية ، وحالة للحصول على حمايته ، ويمكن تفسير نص المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى بأنه يتعلق بنوعى

١ - أنظر : إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - الجزء الأول - ص ١٥٣ ، عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٤٩٦ ، ص ٥٠٩ .

^(٢) أنظر :

CORNU et FOYER : OP . CIT . , P . 304 .

وانظر أيضاً : العشماوى : المرجع السابق ، ص ٥٧٠ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط - بند ١٠٣ ، ص ١٧٦ .

٢ - أنظر : عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٤٩٦ ، ص ٥٠٩ .

الضرر الممكن حدوثهما ، ضررا حالا ، وهو الذى يتحقق بالإعتداء على الحق المدعى به ، وضررا محتملا الوقوع ، وهو الذى يتحقق بالتهديد بالإعتداء على الحق ^(١) .
ونبين فيما يلى صورتى الضرر كأساس لتحديد المصلحة الواقعية :

الصورة الأولى - للضرر الحال - الإعتداء على الحق :

يقصد بالضرر الحال : الإعتداء الفعلى على الحق ، أو المركز القانونى المدعى ، والذى ينتج عنه حرمان صاحب الحق من الإنتفاع بمزايا حقه ^(٢) . فعندئذ ، تنشأ له مصلحة قائمة ، وحالة فى إزالة الإعتداء ، وإصلاح الضرر الذى تم . أما إذا لم يقع إعتداء على الحق - أى لم يقع الضرر - فلامصلحة فى رفع الدعوى إلى القضاء . وعلى ذلك ، لا تقبل دعوى الدائن بدين غير مستحق الأداء قبل حلول الأجل . كما لا تقبل الدعوى القضائية للمطالبة بحق يكون معلقا على شرط واقف ، رغم عدم وجود الحق أصلا قبل تحقق الشرط ، حتى يتصور ثمة إعتداء عليه .

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن الضرر الحال هو الذى ينتج عن الإعتداء الفعلى على الحق ، أو المركز القانونى ، والذى يترتب عليه حرمان صاحبه من الإنتفاع بمزايا حقه ، الأمر الذى يستوجب تدخل القضاء لحمايته ، أى لإزالة الإعتداء الذى تم ، وإصلاح الضرر الذى نتج عنه ، عن طريق تطبيق جزاء القاعدة القانونية ، فيكون من الطبيعى ألا يشترط توافر هذا الشرط إلا فى الدعوى القضائية التى يكون موضوعها تطبيق الجزاء القانونى ، بلإلزام المخالف للقانون الوضعى بالكف عن الإعتداء ، وإزالة ما ترتب عليه ، عن طريق إلزامه بأداء معين ، وهذه هى دعوى الإلزام ، فالحكم القضائى الصادر فى هذه الدعوى

^(١) أنظر : عبد النعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - ص ١٢٦ .
حيث يقرر سيادته أن المصلحة تتحقق ، ولو أن الضرر غير حال ، أو غير واقع فى الحال ، أو فى المستقبل ، إذ أن شرط المصلحة الحالية لم يعد له الاعتبار الذى كان له من قبل أن يتوسع القضاء العام فى الدولة فى تفسيره ، وجدى راغب فهمى - مبادئ الخصومة - ص ١٢٤ ، فصحى والى - قانون القضاء المدنى - بند ٥٨ ص ١٢٧ ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ص ٨٢ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - ص ١٥٢ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١١٩٠ - ص ٥٧ .

^(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١١٩٠ - ص ٥٧ ، فصحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٢٤ ، ص ٧١ ، وجدى راغب فهمى - مبادئ الخصومة - ص ١٢٥ ، ١٢٦ .

القضائية يتميز بأن محله يكون جزاء قانونيا . وعلى ذلك ، فلاتقبل دعوى الإلزام إلا إذا كانت تستند على اعتداء فعلى على الحق المدعى ، والذي ترتب عليه ضررا فعليا ، يلزم لرفعه حكم الإلزام . أما الدعاوى القضائية الأخرى - التقريرية ، والمنشئة - فلا يشترط لقبولها حصول ضررا حالا بالحق ، أو المصلحة محل الإدعاء ، أو وقوع إعتداء فعليا على الحق ، أو المركز القانوني ^(١) ، ذلك لأن الدعوى القضائية التقريرية تعد دعوى قضائية وقائية ، تستهدف منع الإعتداء على الحق . وعلى ذلك ، فالشك حول وجود الحق ، أو عدم وجوده ، لا يعد إعتداء فعليا على الحق ، منتجا لضرر حال ، وإنما مجرد تهديدا بالإعتداء عليه . أما الدعوى القضائية المنشئة ، فهي تلك التى يكون موضوعها حقا من الحقوق الإرادية ، والتي يعترف بها المشرع الوضعى للأفراد والجماعات داخل الدولة ، لإحداث تغيير معين بإرادتهم المنفردة ، فى مركز من المراكز ، إلا أنه فى وحالات معينة يستلزم المشرع الوضعى لإحداث هذا التغيير تدخلا يحصل مقدما من القضاء العلم فى الدولة - مثل الحق فى الشفعة ، والحق فى فسخ العقد ، والتطبيق . . إلخ - وعلى ذلك ، فمجرد إدعاء الحق فى إحداث التغيير ، يعد حرمانا للشخص من إحداث هذا التغيير بإرادته . ولذلك ، يلزم تدخل القضاء لإحداثه . وبالتالي ، تكون هناك مصلحة حالة ، وقائمة لإحداث التغيير ، وهى متوافرة دائما فى هذه الحالات . وبالتالي ، لا يلزم إثبات وقوع ضرر بالفعل ، أو اعتداء على الحق المدعى ^(٢) .

^(١) أنظر : جدى راغب فهمى - مبادئ الخصومة - ص ١٢٧ ، ١٢٨ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩٠/ ١٩٩١ - ص ٥٨ . وقارن : فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٣٤ ، ص ٧١ ، إبراهيم نجيب سعد : القانون القضائى الخاص - ص ١٥١ ، ١٥٢ . حيث يذكر أن الإعتداء على الحق يتخذ صوراً متعددة ، أو مظاهر مختلفة ، فقد يحدث ما يحرم المدعى من المنافع التى يحصل عليها من حقه ، فيتدخل القضاء لحمايته ، بتطبيق جزاء القاعدة القانونية . وقد يتخذ مجرد إثارة الشك حول وجود ، أو عدم وجود الحق ، أو المركز القانونى ، فيتدخل القضاء بحكم قضائى تقريرى ، لإزالة الشك حول وجود ، أو عدم وجود الحق ، أو المركز القانونى . وقد يتخذ الإعتداء صورة تتطلب صدور قضاء يحدث تغيراً فى المركز القانونى القائم " دعوى قضائية منشئة " ، وانظر نقداً فى هذا الصدد : جدى راغب فهمى - مبادئ الخصومة - ص ١٢٧ - الهامش رقم (٢٨) .

^(٢) أنظر : جدى راغب فهمى - مبادئ القضاء - ص ١٠٣ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩٠/ ١٩٩١ - ص ٥٩ .

والصورة الثانية - الضرر المحتمل - التهديد بالإعتداء على الحق :

يقصد بالضرر المحتمل : الضرر الذي لم يقع بعد ، ولكنه قد يقع في المستقبل ، وهو ما عبرت عنه الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري بالضرر المحقق ، وهذا يفترض أن الحق ، أو المركز القانوني لم يقع عليه إعتداء بعد . ولما كان الأمر كذلك ، أي أن اعتداء لم يقع بالفعل على الحق ، فمن المنطقي ألا تكون هناك مصلحة قائمة ، وحالة ، تبرر الإلتجاء إلى القضاء ، لدفع هذا العدوان ، ولكن إذا حدثت وقائع معينة من شأنها التهديد بالإعتداء على الحق ، ويكون من شأن هذه الوقائع أن تؤدي إلى إحداث الضرر في المستقبل ، أفلا يكون للمدعى عندئذ مصلحة في الوقاية من هذا الضرر المحقق ؟ .

يجيب جانب من الفقه على هذا التساؤل بأن المصلحة التي تبرر رفع الدعوى القضائية إلى القضاء هي تلك المصلحة الحالة القائمة ، وهي مانتشأ عن الإعتداء الفعلي على الحق ، أما الحالة التي نحن بصدها ، فالأصل أنه ليس للمدعى أن يرفع دعوى قضائية للوقاية من هذا الضرر المحتمل ، لانتفاء المصلحة الواقعية ، والحالة ، إلا في الحالات التي ينص القانون الوضعي عليها ، إستثناء من هذا الأصل ^(١) ، فوظيفة القضاء في رأيهم مجرد وظيفة علاجية ، فلا يتدخل القضاء قبل الإعتداء على الحق ، لمنعه ، لأن ذلك يتجاوز وظيفة القضاء ، فهو يدخل في مهمة رجال الأمن ^(٢) .

إلا أن جانب آخر من الفقه لا يحصر - وبحق - وظيفة القضاء في هذه الوظيفة العلاجية ، وإنما تتعدى ذلك إلى الوقاية من الأضرار التي يمكن أن تلحق بالنظام القانوني ، فيتدخل

(١) أنظر : رمزي سيف - الوسيط - ص ١٢٢ ، محمد ، عبد الوهاب المشماوي - قواعد المرافعات في التشريع المصري ، والمقارن - الجزء الأول - ص ٥٧١ ، ٥٧٢ ، عبد الباسط جمعي - مبادئ - ص ٣٣١ ، وما بعدها ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١١١ ، وما بعدها ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٢٩٧ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩٠ / ١٩٩١ - بند ٣٨ ، أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ٥٤ . وانظر في عرض هذا الرأي : حماد عبد الرحمن أحمد - الدعاوى الوقائية - الرسالة المشار إليها - منشورة في مجلة العلوم القانونية ، والاقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - العدد الأول - السنة (١٤) - ص ١٤ .

(٢) أنظر : عبد الباسط جمعي - مبادئ الخصومة - ص ٣٣١ .

القضاء للوقاية من الأضرار المحدقة ، أولى من تدخله لإصلاحها ، أو علاجها . خاصة ، أنه في حالة الضرر المحتمل تنشأ الحاجة للحصول على الحماية القضائية ، وهذه الحاجة هى مصلحة قائمة ، وحالة ، وليست مصلحة محتملة ^(١) . وعلى ذلك ، فمن قامت به الحاجة إلى الإستقرار ، لوقايته من الأضرار المحتملة من الأخطار التى تتهدد حقه ، أو مركزه القانونى ، تكون له مصلحة حالة ، وقائمة فى الوقاية منها ، وله أن يلجأ إلى القضاء فى كل حالة تقوم به هذه الحاجة . ومن هنا ، ظهرت فكرة الدعاوى الوقائية ^(٢) ، وأصبحت ظاهرة تستعصى على الإنكار ، وتكون هذه الدعاوى القضائية مقبولة ، متى قامت الحاجة إلى رفعها ، حتى ولو فى غير الحالات التى ينص عليها القانون الوضعى ، وهذا ما أكتنته الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى ، حين قالت : " . . . ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محقق ، أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه " . وقد حسم المشرع الوضعى المصرى بذلك الخلاف القائم حول قبول ، أو عدم قبول الدعاوى الوقائية ؟ . وفى ضوء ذلك ، فليس صحيحا مايردده البعض ، ويصر عليه ، من أن القاعدة فى قبول الدعاوى القضائية هو وقوع ضرر حالى ، ولاتقبل الدعاوى القضائية الوقائية إلا إستثناء ، فى الحالات التى يحددها المشرع الوضعى ، فالأمر لا يتعلق بقاعدة ، وإستثناءات عليها ^(٣) .

وإذا كانت القاعدة هى وجوب توافر المصلحة القائمة الحالة ، فمعنى ذلك أن الدعاوى القضائية لاتكون مقبولة إذا لم يحدث الإعتداء على الحق بعد ، حتى ولو كان من المحتمل حدوثه فى المستقبل ، أى حتى ولو كان من المحتمل أن تولد الدعاوى القضائية

^(١) أنظر : وجدى راغب فهمى - مبادئ الخصومة - ص ١٣٠ ، ومقال له فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ص (١٥) بعنوان : " نحو فكرة عامة للقضاء الوقى فى قانون المرافعات " - ص ٢١٧ ، وما بعدها .

^(٢) فى بيان أحكام هذه الدعاوى القضائية ، أنظر : سوليس ، بيرو : المرجع السابق ، الجزء الأول - بند ٢٣٠ ، ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، حمدى عبد الرحمن أحمد - الرسالة المشار إليها .

^(٣) أنظر : وجدى راغب فهمى - مبادئ الخصومة - ص ١٣٢ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩٠ / ١٩٩١ - ص ٦٣ .

مستقبلاً^(١). ومع ذلك ، يسمح القانون الوضعي المصري في حالات إستثنائية بقبول الدعوى القضائية المرفوعة لحماية مصلحة محتملة ، أى لحماية الحق ، رغم أن الإعتداء عليه لم يقع بعد ، أو بالفعل ، ولكن من المحتمل وقوعه في أية لحظة ، نتيجة أسباب قائمة ، وتسمى الدعوى القضائية التى تحمى المصلحة المحتملة : " بالدعوى القضائية الوقائية " ، لأن استعمالها كان من باب توفى وقوع الإعتداء ، وذلك بالمقابلة للدعوى القضائية التى ترفع لعلاج الضرر الذى حدث من اعتداء على الحق ، قد وقع بالفعل^(٢). فقد أجاز القانون الوضعي المصري قبول الدعوى القضائية ولو لم تكن المصلحة قائمة ، وذلك فى طائفتين ، وهما (٣) :

الطائفة الأولى - الدعوى القضائية التى يقصد بها الإحتياط لدفع ضرر محقق - أى تثبيت الحق ، وصيغته " دعوى قضائية الغرض منها دفع الضرر " :

ومن أمثلتها : دعوى قطع النزاع ، دعوى وقف الأعمال الجديدة ، دعوى بطلان عقد ، أو شرط ، ودعوى الإلزام فى المستقبل .

والطائفة الثانية - الدعوى القضائية التى يقصد بها الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه - أى إحدى دعوى الأدلة " دعوى قضائية الغرض منها التحفظ على الدليل ، أو هدمه " :

ومن أمثلتها : دعوى التزوير الأصلية ، والتى ترفع قبل الإحتجاج بالسند المدعى تزويره ، دعوى إثبات الحالة ، ودعوى سماح الشهود .

ويجمع هذين النوعين من الدعوى القضائية ، كونها دعوى قضائية وقائية ، تهدف إلى تجنب الضرر قبل وقوعه (٤) ، (٥) .

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٨ .

(٢) أنظر : نبيل إسماعيل عمر : الإشارة المقدمة .

٣ - فى استعراض الأحكام الخاصة بكل منهما ، أنظر : عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٤٩٧ ، ومايليه ، ص ٥٠٩ ، ومابعدها .

(١١) أنظر :

VIZIOZ : OP . CIT . , N . 24 ; CORNU et FOYER : OP . CIT . , P . 304 ; SOLUS et PERROT : OP . CIT . , N . 230 .

وانظر أيضاً : أحمد السيد صاوى - الوسيط - بند ١٠٣ ، ص ١٦٧ .

فقد قنن المشرع الوضعى المصرى اتجاه قبول الدعاوى القضائية التى كفى فيها المصلحة المحتملة . بمعنى ، أن الضرر فيها لم يقع بعد على الحق ، أو المركز القانونى المر : حمايته ، وإنما يحتتمل وقوعه ، فنص فى الفقرة الثانية من المدة الثالثة من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه " (١) .

وقد جمع المشرع الوضعى المصرى فى النص المتقدم معظم الحالات التى استقر الفقه . وأحكام القضاء على قبول الدعاوى القضائية فيها عندما تكون المصلحة محتملة ، وهى عندما يكون الغرض من الدعاوى القضائية الإحتياط لدفع ضرر محقق . أو يكون الغرض منها الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه . ومن أمثلة هذه الدعاوى القضائية : دعوى منع النزاع ، والدعاوى القضائية ببطالان العقود الباطلة ، أو المتضمنة شروطا باطلة ، ودعوى وقف الأعمال الجديدة ، ودعوى المطالبة بالإلتزامات المستقبلية ،

٥ - ذهب جانب من الفقه ، وبعض أحكام القضاء إلى أنه إذا لم يتوافر أى من الطائفتين السابقتين . فلا تقبل الدعاوى القضائية ، أنظر :

JAUFFRET : Pr . Civ . Op . Cit . N . 33 .

وانظر أيضا : عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٤٩٦ ، ص ٥٠٩ .

١ - وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ بشأن تلك المادة : " بأن المادة نصت على أنه لا يقبل أى طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة عاجلة قائمة بقرها القانون ، وهو أصلا عاما مسلما به ، ثم استدركت ، فنصت على أن المصلحة المحتملة تكفى حيث يراد بالطلب الإحتياط لدفع ضرر محقق ، أو استعجال الدليل ، والإحتياط لحفظه ، خشية ضياعه ، عند المطالبة بأصل الحق . وهذا الحكم الجديد يتيح من الدعاوى أنواعا تختلف الرأى فى شأن قبولها ، مع توافر المصلحة فيها ، والمشروع فى هذا يأخذ بما اتجه إليه الفقه . وأحكام القضاء من إجازة هذه الأنواع من الدعاوى ، وعلى أساس هذه الإجازة ، قد أجاز المشروع بص صريح دعوى التزوير الأصلية ، والحق بطلب بما رد ورقة لم يحصل بعد التمسك بها فى نزاع على حق . كما أحاز - ريد وقف مسلك هديدى مؤذى أن يكلف خصمه الذى يحاول بمزاعمه الإضرار بمركزه المالى ، أو بسمعته حضور ، لإقامة الدليل على صحة زعمه ، فإن عجز ، حكم بفساد ما يدعيه ، وحرم من رفع الدعاوى فيما بعد ، على أنه يجب ألا تكون هذه المزاعم مجرد تعرضات فارغة ، ليس لها أثر ضار يعتد به ، وإلا كانت الدعاوى غير مقبولة " .

ودعوى الأدلة - مثل دعوى سماع شاهد ، ودعوى إثبات الحالة ، ودعوى التزوير الأصلية .

فإذا كانت القاعدة أن المصلحة في الطلب يجب أن تكون قائمة ، وحالة ، إلا أن المشرع الوضعى المصرى قد خرج على هذه القاعدة ، وأجاز رفع الدعوى القضائية فى بعض حالات المصلحة المحتملة ، أو المستقبلية ، إذا كانت ظروف الدعوى القضائية ، ووقائعها تدلان على أن المنازعة فى الحق ، أو الإعتداء عليه أمران مرجحان ، أو مؤكدان ، فالدعوى القضائية ترفع عندئذ للدفع ضرر وقع بالفعل ، وإنما لتوقيه قبل وقوعه . ولذلك ، فليّن هذه الدعاوى القضائية تسمى بالدعاوى الوقائية ^(١) ، وهذا ماقرره المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى ، حيث تقضى بأنه تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق ، أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، فنقبل الدعاوى القضائية الاحتمالية - كدعوى تحقيق الخطوط الأصلية ، ودعوى سماع الشاهد الأصلية ، دعوى التزوير الأصلية ، دعوى قطع النزاع ، ودعوى الإلزام فى المستقبل ، والتي تواجه إعتداء لم يقع بعد ، أو ضرراً لم ينشأ بعد ، ولكن إحتمال وقوعهما يكون كبيراً ، مما يبرر إتخاذ الإجراءات المقررة فيها ^(٢) ، ^(٣) ،

١ - فى بيان النظام القانونى للدعاوى الوقائية ، أنظر : وجدى راغب فهمى ، أحمد ماهر زغلول - دروس فى المرافعات وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، وتعديلاً للمستحدثة - الكتاب الثانى - قواعد مباشرة النشاط القضائى " مبادئ الخصومة المدنية " - ص ١١٤ ، ومابعدها .

٢ - فى استعراض لبعض الدعاوى القضائية التى تقبل فيها المصلحة المحتملة ، أنظر : أحمد السيد صاوى - الوسيط - بند ١٠٤ ، ومايليّه ص ١٧٦ ، ومابعدها .

٣ - ذهب جانب من الفقه ، وبعض أحكام القضاء إلى أن الدعاوى الوقائية تظل غير مقبولة إلا فى الحالات الإستثنائية التى يسمح بها القانون الوضعى ، أنظر :

JAUFFRET : Pr . Civ . Cit . N . 33 .

وانظر أيضاً : عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٤٩٦ ص ٥٠٩ .

وانظر أيضاً : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/١/٢٥ - فى الطعن رقم (١٣٥) - لسنة (٤٦) ق ، مشاراً لهذا الحكم لدى : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الجزء الأول - ص ٦٦ .

وانظروا أيضاً : نقض ١٩٨٩/١/١٥ - فى الطعن رقم (١٣٢) - لسنة (٥٦) ق - بند ١٣٦ - ص ٦٣ ، نقض ١٩٦٩/٦/١٧ - السنة (٢٠) - ص ٩٧٠ .

والتي جمعها نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري ، والذي بعد أن قرر المبدأ العام ، وهو أن تكون الدعوى القضائية ملحة ، بشرط أن يكون لصاحبها مصلحة قانونية قائمة ، أجاز أيضا رفع الدعوى القضائية لمن كانت مصلحته محتملة ، فذكر أنه تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محقق ، أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، فهناك صورتين من الدعاوى القضائية الوقائية ، يمكن تسميتها بدعاوى الإحتياط ، ودعاوى الأدلة ^(١) .

وإذا كانت الدعاوى القضائية العلاجية - إن صح التعبير - هي في الأصل في القوانين الإجرائية لأنها تتفق ، وجوهر عمل القضاء ، وهو الفصل في المنازعات التي تقع بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، تلك المنازعات التي لا تنشأ إلا بعد الإعتداء على الحق ، إلا أنه قد قيل في تبرير قبول الدعاوى القضائية الوقائية ، أنه بالإضافة لأهمية الدور الوقائي للقضاء العام في الدولة في المجتمعات الحديثة - والتي تعد الدعاوى القضائية المستعجلة من بين تطبيقاتها ، والتي شاع إقرارها - فإن المصلحة المحتملة التي تحميها هذه الدعاوى القضائية هي في الواقع مصلحة قائمة ، وحالة " هي المصلحة في الإستقرار " .

ولا تصلح مجرد المصالح الإحتتمالية البحنة لأن تكون سببا لقبول الدعوى القضائية ، فعلى سبيل المثال : لا تنشأ للوارث حقوقا على التركة إلا بعد وفاة المورث . وبالتالي ، لا تكون له مصلحة في إثارة المنازعات بشأنها ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية ، فلقد قضت بأنه : " ما أثارتها الطاعنة بأن العقد الباطل بطلانا مطلقا يجوز التمسك ببطلانه لكل ذي شأن ، هذا القول لا يلتفت إليه ، لأنه لا ينطبق على دعاواها القضائية ، إذ أن جواز التمسك بالبطلان المطلق لكل ذي شأن معناه أن يكون الذي يتمسك بالبطلان متوفرة فيه الشرائط القانونية لرفع الدعوى القضائية ، بأن يدعى لنفسه حقا حالا ، يقتضى الدفاع عنه بإبطال العقد ، فيبطل ولو لم يكن طرفا فيه . أما المورث على قيد الحياة ، فهو

^(١) في بيان النظام القانوني لهذه الدعاوى القضائية ، أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٩ ، وما بعدها .

يكون حراً فى التصرف فى أملاكه ، طالما أن تصرفاتها لاتشوبها شائبة تبطلها
قانوننا " (٢) .

٢ - أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٣٧/١/٢٨ - فى الطعن رقم (٥٣) - لسنة (٦) ق -
مجموعة عمر - الجزء الثانى - ص ٨٤ ، ١٩٧٩/١/٢٥ - فى الطعن رقم (١٣٥) - لسنة (٤٦) ق ،
مشارا لهذين الحكمين لدى : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الجزء
الأول - بند ١٥٤ ، ص ٦٦ ، عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٤٩٦ ،
ص ٥٠٨ .

المبحث الرابع

وقت تقدير توافر شروط الحق في الدعوى القضائية

تمهيد ، وتقسيم :

نتساءل عما إذا كان يكفي لقبول الدعوى القضائية تحقق المصلحة وقت رفعها فقط ، وإن زالت بعد ذلك ؟ ، أم يلزم إستمرارها حتى صدور الحكم القضائي فيها ؟ . وبمعنى آخر ، قد تتوفر المصلحة اللازمة في الدعوى القضائية عند إقامة المدعى لها ، ثم تزول بعد هذا ، ويثور التساؤل عن وقت توافر المصلحة في الدعوى القضائية ، هل تجب عند إقامتها ؟ ، أم عند نظرها ؟ ، أم يجب توافرها في هذين الوقتين ؟ .

ولقد اختلف للرأى بشأن ما إذا كان يكفي لقبول الدعوى القضائية تحقق المصلحة وقت رفعها فقط ، وإن زالت بعد ذلك ؟ ، أم يلزم إستمرارها حتى صدور الحكم القضائي في موضوعها ؟ . وبمعنى آخر ، اختلف الفقه حول الوقت الذي يجب أن تتوفر فيه شروط الحق في الدعوى القضائية ، فهل هو وقت رفعها إلى القضاء ، أم وقت الحكم فيها ؟ . ويرى جانب من الفقه - وبحق - أن أمر ما إذا كان يكفي لقبول الدعوى القضائية تحقق المصلحة وقت رفع الدعوى القضائية فقط ، وإن زالت بعد ذلك ؟ ، أم يلزم إستمرارها حتى صدور الحكم في موضوعها ؟ ، يحتاج إلى حسم تشريعي^(١) .

وتمهيدا للمبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : الإتجاه القائل بأنه يقدر قيام المصلحة بتاريخ تقديم الطلب القضائي أمام القضاء .

والمطلب الثاني : الإتجاه القائل بأنه لا يكفي تحقق المصلحة وقت رفع الدعوى القضائية ، بل يلزم إستمرارها حتى صدور الحكم القضائي فيها ، وإلا حكم بعدم قبولها وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

١ - أنظر : عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصري - بند ٤٩٦ ، ص ٥٠٨ .

المطلب الأول

الإتجاه القائل بأنه يقدر قيام المصلحة بتاريخ تقديم الطلب القضائي أمام القضاء

ذهب جانب من الفقه^(١) ، وبعض أحكام القضاء^(٢) إلى القول بأنه يكفي تحقق المصلحة وقت رفع الدعوى القضائية ، وأن زوالها بعد ذلك لا يحول دون قبولها ، أي أنه مادامت شروط قبول الدعوى القضائية قد توافرت وقت رفعها ، فإن زوال المصلحة بعد

١ - أنظر : أحمد أبو الوفاء - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١١٨ - في الهامش ، حيث يرى أن زوال المصلحة بعد رفع الدعوى القضائية لا يؤدي إلى عدم قبولها ، وإنما يوجب على المحكمة أن تبحث موضوع الدعوى القضائية في ضوء الوضع الجديد ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٥ ، أحمد ماهر زغلول - الموجز في أصول ، وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - التنظيم القضائي ، ونظرية الاختصاص - بند ٣٦٦ ، ص ٥٩٢ ، بند ٢٧١ .

٢ - أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى - جلسة ١٩٥٠/١/٢٤ - مجلة التشريع ، والقضاء - السنة (٣) - ص ١٨٧ ، نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٤/٣/١١ - السنة (٥) - ص ٦١٥ ، ١٩٨٥/٢/٤ - السنة (٤٩) ق ، مشاراً لهذا الحكم لدى : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الجزء الأول - ص ٣٥ ، عبد المنعم الشرفاوى - الكتاب الأول - ص ٤٠ ، نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٨ ، ١٧٩ ، نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٦/٢/١٣ - فى الطعن رقم (٩٦١) - لسنة (٥٢) قضائية ، ١٩٧٧/٦/٨ - فى الطعن رقم (٣٩٢) - لسنة (٤٤) قضائية ، والذي جاء فيه أنه : " زوال المصلحة بعد رفع الدعوى القضائية لا يحول دون قبولها " ، نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/١/٦ - م نقض م - ٢٢ - ٢٣ ، ١٩٧٤/٣/٢ - م نقض م - ٢٥ - ٤٥٥ ، ١٩٧٦/١/٢٣ - م نقض م - ٢٧ - ٢١٣ ، ١٩٧٦/٦/٢٣ - م نقض م - ٢٧ - ١٤٠٥ ، ١٩٨٥/٢/٤ - فى الطعن رقم (١٤٩٨) - لسنة (٤٩) قضائية ، ١٩٩٣/٥/١٨ - فى الطعن رقم (٢٠٦٩) - لسنة (٦٢) قضائية ، والذي جاء فيه أنه : " يكفي لقبول الطعن فى الحكم القضائي الصادر فى الدعوى القضائية ، أن توافر للطاعن المصلحة فى الطعن فيه عند صدوره ، ولو زالت هذه المصلحة بعد ذلك " .

ذلك ، لا يؤدي إلى عدم قبولها ، وإنما على المحكمة أن تبحث الدعوى القضائية على ضوء الوضع الجديد ، والذي قد يتصل بصميم الموضوع . فإذا رفعت دعوى قضائية للمطالبة بحق غير حال الأداء ، ثم حل أجل الدين بعد ذلك ، وقبل الفصل في موضوعها ، فعلى المحكمة أن تقضى بعدم قبولها ^(١) .

وإذا كانت القاعدة العامة المطبقة في خصوص الدعاوى العادية غير المستعجلة هي أن الاختصاص القضائي بنظرها يتحدد بالنظر إلى وقت تقديم الطلب القضائي ، أو رفع الدعوى القضائية إلى المحكمة المختصة بنظرها ، فإن الدعاوى المستعجلة تخضع لقاعدة أخرى مفادها أن الاختصاص القضائي بنظرها يتحدد بالنظر إلى وقت صدور الحكم القضائي ، أو القرار المستعجل فيها ، فالمبرة في تقدير توافر شروط الاختصاص القضائي النوعي للقضاء المستعجل بنظر الدعاوى المستعجلة هي بوقت صدور الأحكام القضائية فيها ، فلا يكفي أن يتوافر الاستعجال عند رفع الدعوى القضائية المستعجلة ، وإنما يجب أن يستمر هذا الشرط حتى صدور الحكم القضائي المستعجل فيها ^(٢) . فإذا رفعت الدعوى القضائية إلى القاضي المستعجل ، دون أن تتوافر فيها شروط اختصاصه القضائي بنظرها ، فإن اختصاصه القضائي المستعجل بها ينعقد مع ذلك إذا توافرت هذه الشروط في أي وقت لاحق أثناء نظرها ، وقبل صدور الحكم القضائي المستعجل فيها .

وإذا توافرت شروط الاختصاص القضائي للقاضي المستعجل وقت رفع الدعوى المستعجلة إليه ، ثم زالت هذه الشروط ، أو بعضها في وقت لاحق أثناء نظرها ، وقبل صدور الحكم القضائي فيها - كأن تزول حالة الاستعجال ، أو أن تثور منازعة جدية حول أصل الحق - فإن اختصاص القاضي المستعجل ينحسر عندئذ ، ويتعين عليه أن يقضي بعدم اختصاصه بنظر الدعوى القضائية المرفوعة إليه . فيجب على القاضي المستعجل أن يحكم بعدم اختصاصه بالدعوى المستعجلة بإخلاء المستأجر من العين المؤجرة ، لعدم الوفاء بدين الأجرة ، إذا قام المستأجر في أي وقت أثناء نظر الدعوى

١ - انظر : أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١٣٥ .

(٢) انظر : محمد علي رشدي - المرجع السابق - بند ٣٩ ، أمينة مصطفى النمر - الرسالة المشار إليها - بند ٦٩ ، وما يليه ، محمد علي راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب - المرجع السابق - بند ١٥ ، ١٦ ، محمد عبد اللطيف - القضاء المستعجل - ص ٣٣ ، أحمد ماهر زغلول - الموجز في أصول وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - التنظيم القضائي ، ونظرية الاختصاص - بند ٣١٦ ، ص ٥٩٢ .

القضائية ، وقبل الحكم القضائي فيها بالوفاء بالأجرة المتأخرة ^(١) . وإذا هلك الحق المتنازع عليه - والمطلوب حمايته بواسطة القضاء المستعجل - أو إذا توفى الشاهد - والمطلوب سماع شهادته بواسطة القضاء المستعجل - قبل صدور الحكم القضائي في الطلب المستعجل ، في أية مرحلة من مراحل الدعوى المستعجلة ، فإنه يتعين على القاضى المستعجل أن يحكم بعدم اختصاصه القضائي النوعى بنظرها ، وتطبق هذه القاعدة في أية مرحلة تكون عليها الدعوى المستعجلة - سواء كانت في مرحلة الدرجة الأولى ، أو في مرحلة الاستئناف ^(٢) .

^(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول - الموجز في أصول ، وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - التنظيم القضائي ، ونظرية الاختصاص - بند ٣١٦ ، ص ٥٩٣ .

^(٢) أنظر : أحمد السيد صاوى - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٢٢٧ ، ص ٣٢٦ .

والمطلب الثاني

الإتجاه القائل بأنه لا يكفي تحقق المصلحة وقت رفع الدعوى القضائية ، بل يلزم إستمرارها حتى صدور الحكم القضائي فيها ، وإلا حكم بعدم قبولها

ذهب جانب من الفقه (١) ، وبعض أحكام القضاء (٢) - ويحق - إلى القول بأنه لا يكفي تحقق المصلحة وقت رفع الدعوى القضائية ، بل يلزم إستمرارها حتى صدور الحكم القضائي فيها ، وإلا حكم بعدم قبولها . فلا يكفي توافر المصلحة فقط لحظة رفع الدعوى القضائية ، وإنما ينبغي إستمرار توافرها أثناء حياة الطلب القضائي ، بحيث إذا زالت أثناء سير الإجراءات ، فإنه يحكم بعدم قبول الدعوى القضائية ، لانقضاء المصلحة . فالوقت الذي يتم فيه البحث عن توافر شرط المصلحة القائمة الحالة هو الوقت المحدد لتنظر الدعوى القضائية ، على أن يظل هذا الشرط مطّوّراً أثناء الفصل فيها (٣) . فالعبارة هـى بتوافر المصلحة فى الدعوى القضائية وقت نظرها ، والفصل فيها ، دون اعتداد بتاريخ إقامتها (٤) . فالمصلحة شرطاً مستمراً ، يجب أن يظل قائماً إلى وقت

١- أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٣٧٤ ، وجسدى - راغب فهمى - مبادئ القضاء المدنى - ص ١٠٤ ، مبادئ الخصومة - ص ١٢٩ ، أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٣ - بند ١٥٠ ، ص ٢٣٤ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الجزء الأول - ص ٢٦ ، ٣٥ ، نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٧ ، إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - ص ٢٥ ، ٢٦ .

٢ - أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٦/١/٢٦ - فى الطعن رقم (١٦٤) - السنة (٥١) ق (٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٧ .

٤ - أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٣٧٤ ، وجسدى - راغب فهمى - مبادئ القضاء المدنى - ص ١٠٤ ، مبادئ الخصومة - ص ١٢٩ ، أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٥٠ ، ص ٢٣٤ ،

الفصل فى الدعوى القضائية ، تمثيا مع وظيفة القضاء العام فى الدولة ، والهدف منه ، وهو منح الحماية القانونية لمن هم فى حاجة إليها وقت صدور الحكم القضائى بها . ولما كانت الدعوى القضائية هى حق الحصول على حكم قضائى فى موضوعها . لذا ، تكون شروط الدعوى القضائية هى شروط الحكم فى موضوعها ، وليست شروطا لرفعها . ولذا ، ينبغى توافرها وقت الفصل فى موضوعها ، لاوقت رفعها . فالمصلحة إذا توافرت لدى المدعى فى الدعوى القضائية وقت إقامتها ، ثم زالت عند نظرها ، فلا تكون عندئذ مقبولة ^(١) ، ومثال هذا : دعوى الطرد التى يقيمها المؤجر لعدم دفع الأجرة ، ثم يقوم المستأجر بإيداعها خزينة المحكمة . فعندئذ ، لايجوز القول بأنه يعتد بوقت إقامة الدعوى القضائية ، لمعرفة مدى توافر شروطها ، وإعمال الجزاء لتخلفها ، وفقا للقاعدة المقررة فى هذا الشأن ، لأن المصلحة فى الدعوى القضائية شرطا مستمرا ، يجب أن يظل قائما إلى وقت الفصل فيها ^(٢) .

وإذا رفعت الدعوى القضائية دون أن تكون المصلحة محققة لحظة رفعها ، ثم تحققت المصلحة قبل الحكم بعدم قبولها ، فإنه لا يحكم بعدم قبولها ، لأنه لايجوز الحكم بذلك فى دعوى قضائية إن أعيد رفعها ، لكانت مقبولة . فقد تتوافر المصلحة فى الدعوى القضائية عند نظر المحكمة للدعوى القضائية ، رغم أنها لم تكن متوافرة عند إقامتها ^(٣) ، ومثال هذا : أن يقيم الغير إشكالا فى التنفيذ قبل أن يبدأ ، ثم يكون الحجز قد وقع على أمواله

عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الجزء الأول - ص ٢٦ ، ٣٥ ، إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - ص ٢٥ ، ٢٦ .
وانظر أيضا : نقض مدين مصرى - جلسة ١٩٨٦/١/٢٦ - فى الطعن رقم (١٦٤) - السنة (٥٩) ق .

(١) أنظر : عبد الحميد الشواربى - الدفوع المدنية " الإجرائية ، والموضوعية " - ص ٧٦٥ .

(٢) أنظر : عبد النعم الشرقاوى - المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٩ ، ٤٠٨ ، أمينة مصطفى النمر - الدعوى ، وإجراءاتها - ص ٦٦ ، قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٥٠ ، ص ٢٣٥ .

٣ - أنظر : أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١١٨ - الهامش ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٩٠ ، عبد الحميد الشواربى - الإشارة المتقدمة . وقارن : عبد الباسط جيمى - المرجع السابق - ص ٢٢٧ .

عند نظر الإشكال . فعندئذ ، يكون فى القول بأن الدعوى القضائية ليست مقبولة ، لأن المصلحة لم تكن للمدعى فى الدعوى القضائية عندما أقامها إضرارا بالخصم ، ويتناقض مع الواقع ، وحقيقة الأمر ، لأن المحكمة ستحكم بعدم قبول الدعوى القضائية ، لانتفاء المصلحة فيها ، بينما هى متوافرة فعلا ^(١) . والدائن بدين مؤجل لا تقبل دعواه القضائية ، إذا حلت الجلسة المحددة لبحث صلاحية الدعوى القضائية للنظر فيها ، ولم يكن الدين قد حل أجله بعد ، أما إذا حل هذا الأجل يوم الجلسة المحددة لنظرها ، فإنها تكون عندئذ مقبولة ، ولو ثبت أن المصلحة لم تكن حالة يوم رفعها أمام المحكمة ، إذ يكون من العبث عندئذ الحكم بعد قبول دعوى قضائية ، يمكن إعادة رفعها مقبولة فى نفس اليوم الذى يحكم فيه بعدم قبولها ^(٢) ، ثم إن قاعدة وجوب نظر الدعوى القضائية بالحالة التى كانت عليها وقت رفعها قاعدة مقررة لمصلحة المدعى ، حتى لا يضار من بطء الإجراءات ، أو مشاكسة خصمه فى الدعوى القضائية ، فلا يجوز الاحتجاج بالقاعدة فى مواجهته ^(٣) .

ولا تنطبق قاعدة الإعتداد بوقت نظر الدعوى القضائية - لمعرفة مدى توافر المصلحة فيها ، من عدمه - بالنسبة للطعون فى الأحكام الصادرة فيها ، إذ أن العبرة بتوافر المصلحة فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فيها تكون هى بوقت صدوره ، بصرف النظر عن توافرها وقت إقامة هذا الطعن ، أو نظره ^(٤) .

(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٥٠ ، ص ٢٣٥ .

(٢) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٧ .

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١١٥ ص ١٣٤ - الهامش رقم (٢) ، نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - الإشارة المقدمة .

(٤) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٥٠ ، ص ٢٣٥ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٥ .

المبحث الخامس

إشتراط المصلحة ليس فقط لإدعاء المدعى ، وإنما لدفع المدعى عليه أيضا ، ولطلب التدخل المقدم من الغير فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها ، كما تشترط لاستعمال طرق الطعن فى أحكام القضاء ، وبالنسبة لأى إجراء آخر من إجراءات الدعوى القضائية

تكون المصلحة شرطا فى الدعوى القضائية أيا كانت الأداة التى تستعمل فى مباشرتها ، أى سواء كانت طلبا قضائيا مفتتحا لخصومة قضائية أمام محكمة أول درجة ، أو طعنا فى حكم قضائى ، صادر فى دعوى قضائية ، أمام محكمة أعلى ، أم طلبا عارضا يبدى أثناء الخصومة القضائية ، لم طلبا ولائيا ، أو عريضة يبدى بدون خصومة قضائية ، أم دفعا ، يقصد الخصم من ورائه دحض طلب المدعى فى الدعوى القضائية ، أو عدم الحكم القضائى فيه (١) . فليست المصلحة فى الدعوى القضائية شرطا لقيام الحق فيها ، وقبولها فحسب ، بل هى شرطا لوجود الحق فى عرض أى طلب ، أو دفع أمام القضاء العام فى الدولة ، ليتم الحصول على حكم قضائى بشأنه .

فيجب أن تتوفر المصلحة لدى كل من يبدى طلبا - سواء كان طلبا أصليا ، أو طلبا عارضا ، أو طلبا موضوعيا ، أو طلبا وقتيا (٢) - فالمدعى فى الدعوى القضائية يجب

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٤ .

(٢) أنظر : رمزى سيف - الوسيط فى المرافعات - الطبعة الثامنة - ص ١١١ ، ومابعدها ، أحمد أبوز الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١٦٠ ، أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤١ ، ص ٢٢١ ، ومابعدها ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/ ١١٩٠ - ص ٤٨ ، نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٤ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٢ ، إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - ص ١٦ .

أن تكون له مصلحة في الطلب الأصلي ، وفي الطلب الإضافي ، والذي يقدمه تبعاً للدعوى الأصلية . كما يجب أن تكون للمدعى عليه في الدعوى القضائية مصلحة في الطلب المقابل ، باعتباره مدعياً فيه .

وتطلب توافر شرط المصلحة في الدعوى القضائية ليس مقصوراً على مايتمسك به المدعى فحسب ، بل هو أيضاً شرطاً لازماً بالنسبة للغير الذي يتدخل في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها ، فكما أن المصلحة في الدعوى القضائية تكون شرطاً لقبول أى طلب ، أو دفع من جانب المدعى فيها ، فإنها تكون أيضاً شرطاً لقبول أى طلب ، أو دفع من جانب المدعى عليه فيها ، ومن الغير الذي يتدخل في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها ، والناشئة عنها ^(١) ، سواء كان تدخله هجومياً ، أو انضمامياً ^(٢) . فيستطيع الغير تقديم طلبات عارضة ، في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها ، بشرط أن تكون له مصلحة قانونية ، شخصية ومباشرة ، قائمة ، وحالة في تقديمها ^(٣) ، وهذه المصلحة يتم تقديرها بالنظر إلى الخصومة القضائية المدنية الأصلية المنعقدة بين أطرافها ، والتي يريد أن يتدخل فيها ^(٤) .

وانظر أيضاً : نقض مدين مصري - جلسة ١٦ / ٦ / ١٩٥٥ - الطعن رقم (١٣٦) - لسنة (٢٢) قضائية .

١ - أنظر :

J . VINCENT : Rep . Pr . Civ . action . N . 20 .

وانظر أيضاً : رمزي سيف - الوسيط - ص ١١٢ ، أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٩٨ ، ص ١٦٦ ، محمود محمد هاشم - إجراءات التقاضي ، والتنفيذ - ص ٣٠ ، أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بسند ١٥١ ، ص ٢٣٦ ، نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٤ ، ومابعدها ، عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصري - ١٩٩٦ - بند ٤٩١ ، ومايلي ، ص ٥٠٢ ، ومابعدها ، إبراهيم محمد علي - المصلحة في الدعوى الإدارية - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر - ص ١٨ ومابعدها .

^(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤١ ، ص ٢٢١ .

٣ - أنظر :

وفى حالة إختصاص الغير فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها بأمر المحكمة ، لمصلحة العدالة ، أو لإظهار الحقيقة ، وفقاً لنص المادة (١/١١٨) من قانون المرافعات المصرى ، فإنه يجب أن تتوافر المصلحة لدى من يقوم باختصاص الغير ، بتكليف من المحكمة ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة المذكورة ^(١) ، وإن كان لا يشترط توافر المصلحة لدى من يتم إدخاله فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها - كالتضامن - أو من يتم اختصاصه فيها - كشركة التأمين فى الدعوى القضائية المرفوعة من المضرور على المسئول - لأنه فى مركز المدعى عليه فيها ، وإنما تجب المصلحة لدى من يقوم بالإدخال ، أو الإختصاص ، أى المدعى فى الدعوى القضائية المدنية الأصلية ^(٢) .

ويجب أن تتوافر المصلحة فى الدفع لدى من يتمسك به - أياً كان مركزه فى الدعوى القضائية - أى سواء كان هو المدعى عليه ، أو المتدخل فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها ، أو المختصم فيها ، أو كان هو المدعى نفسه ، فى الحالات التى يبدى فيها دفعا ، كما فى حالة دفعه بعدم اختصاص المحكمة بالطلب المقابل ، ودفعه بعدم قبول الدفع الإجرائى ، لعدم إيدائه مع غيره من الدفوع الإجرائية . فالمصلحة ليست

VINCENT et GUINCHARD : Proc . Civ ., précis Dalloz , edition 20 , 1981 , P . 436 , N . 406 .

وانظر أيضاً : محمد حامد فهمى : المرافعات المدنية ، والتجارية ، طبعة سنة ١٩٤٠ ، بند ٤٧٦ ، ص ٥١٤ ، أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية ، والتجارية ، الطبعة الثالثة عشرة ، ١٩٨٠ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بند ١٧٦ ، ص ١٨٠ ، أحمد ماهر زغلول : دعوى الضمان الفرعية ، طبعة سنة ١٩٨٥ ، بند ٩٣ ، ص ١١٨ ، وجدى راغب فهمى : مبادئ ، ص ٢ .

٤ - فى دراسة شروط قبول الطلب العارض المقدم من الغير ، فى خصومة قضائية مدالية منعقدة بين أطرافها ، أنظر : صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم العارض فى قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٧١ ، ومايليه ، ص ١١٩ ، ومابعدها .

^(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالإسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤١ ، ص ٢٢٢ .

^(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر : المرجع السابق ، بند ١٤١ ، ص ٢٢١ .

شرطاً لقبول الدعوى القضائية فحسب ، وإنما هى شرطاً لقبول أى دفع (١) . فتطلب توافر شرط المصلحة فى الدعوى القضائية ليس مقصوراً على ما يمسك به المدعى فحسب ، بل هو أيضاً شرطاً لازماً لقبول ما يمسك به المدعى عليه من دفع - أياً كان نوعها - ومصلحة المدعى عليه فيما يديه منها هى تفادى الحكم القضائى عليه بطلبات المدعى - كلها ، أو بعضها - وهكذا ، فكل دفع شكلى ، أو موضوعى ، أو بعدم القبول ، وكل وسيلة دفاع يديها المدعى عليه ، ولا يكون من شأنها تفادى الحكم القضائى عليه بطلبات المدعى - كلها ، أو بعضها - لا تقبل ، لانتهاء المصلحة ، وإلى هذا المعنى ذهب محكمة النقض المصرية ، فقد قضت بأنه : " لما كانت المصلحة هى مناط الدفع ، وكان الدفع فى الدعوى القضائية أن البائع للعقار كان يضع يده نيابة عن المشتري ، وأن القدر الذى يتمسك بوضع يده عليه غير القدر الذى باعه مورثه ، فإنه لا يكون لهذا السوارث مصلحة فى الدفع ، يسقط حق المشتري الذى يطلب صحة ، ونفاذ عقده بالتقادم الطويل (٢) .

كما قضت بأنه : " لما كانت المصلحة هى مناط الدفع ، فإنه لا يجوز لأحد الخصوم الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ، لرفعها من غير ذى أهلية ، متى كان العيب الذى شاب تمثيل ناقص الأهلية قد زال ، إذ بزواله تصبح إجراءات التقاضى صحيحة ، ومنتهجة

(١) أنظر : رمزي سيف - الوسيط فى المرافعات - الطبعة الثامنة - ص ١١١ ، وما بعدها ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١٦٠ ، أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤١ ، ص ٢٢٢ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩٠ / ١٩٩١ - ص ٤٨ ، نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات ، ص ٢٠٤ ، وما بعدها ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٢ ، إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - ص ١٦ ، عبد الحميد الشواربى - الدفوع المدنية " الإجرائية ، والموضوعية " - ص ٧٦٤ . وانظر أيضاً : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٦ / ٦ / ١٩٥٥ - الطعن رقم (١٣٦) - لسنة (٢٢) قضائية .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٥ / ١١ / ٢٤ - فى الطعن رقم (١٢١) ، مشاراً لهذا الحكم لدى : أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٩٧ . ص ١٦٤ - الهامش رقم (٥) .

لآثارها في حق الخصمين على السواء منذ بدليتها ، وتتغنى كل مصلحة في الطعن عليها ^(١) .

وإذا كانت الدعوى القضائية طعنا في حكم قضائي ، أو تظلما من أمر ، فإنه يجب عندئذ توافر المصلحة لدى الطاعن ، والمستظلم ، والمستدخل إختياريا في الطعن ، والتظلم ^(٢) ، ^(٣) ، ولا يقبل الطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية إلا ممن كانت له مصلحة في إلغائه ، وإلى هذا المعنى ذهب محكمة النقض المصرية ، حيث

(١) أنظر : نقض مدين مصري - جلسة ١٦ / ٦ / ١٩٥٥ - في الطعن رقم (١٣٦) - لسنة (٢٢) ق ، ١٩٥٥ / ٣ / ٣ - في الطعن رقم (٣٠٨) - السنة (٢١) ق ، ١٩٤٣ / ٥ / ٢٧ - في الطعن رقم (٥) - لسنة (١٣) ق .

(٢) أنظر : رمزي سيف - الوسيط في المرافعات - الطبعة الثامنة - ص ١١١ ، ومابعدا ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١٦٠ ، ومابعدا ، أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤١ ، ص ٢٢٢ ، أحمد السيد صاري - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٩٦ ، ص ١٦٤ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - النقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩١ / ١١٩٠ - ص ٤٨ ، نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - ص ٢٠٤ ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات في ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٨٧ ، ٨٨ ، عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصري - بسند ٤٩١ ، ص ٥٠٣ ، إبراهيم محمد علي - المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ١٦ ، عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٢ .
وانظر أيضا : نقض مدين مصري - جلسة ١٦ / ٦ / ١٩٥٥ - الطعن رقم (١٣٦) - لسنة (٢٢) قضائية .

٣ - من تطبيقات عدم توافر المصلحة في الطعون في أحكام القضاء الصادرة في الدعاوى القضائية ، مايلي :

المثال الأول : حالات الطعن في الحكم القضائي ، رغم أنه لم يتضمن قضاء ضد الطاعن ، ولم يلحقه ضرر منه .

والمثال الثاني :

الطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية من جانب الخصم ، لعدم القضاء بالفرامة المقررة لمصلحة الخزنة العامة ، أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤١ - ص ٢٢٣ .

قضت بأنه : " قاعدة المصلحة مناط الدعوى وفق المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى تطبق حين الطعن بطريق النقض ، كما تطبق فى الدعوى القضائية حال رفعها ، وعند استئناف الحكم القضائى الذى يصدر فيها ، ومناط المصلحة المحققة - سواء أكانت حالة ، أو محتملة - إنما هو كون الحكم القضائى المطعون فيه قد أضر بالطاعن ، حين قضى برفض طلباته القضائية كلها ، أو قضى له ببعضها ، دون البعض الآخر ، فلامصلحة للطاعن فيما يكون قد صدر به الحكم القضائى وفق طلباته القضائية ، أو محققا لمقصوده منها . وإذا كان الحكم القضائى المطعون فيه قد صدر محققا لمقصود الطاعنين ، مما تتفق معه مصلحتها فى الطعن ، ويتعين من أجل ذلك القضاء بعدم جواز الطعن فى الحكم القضائى الصادر " (١) .

كما قضت بأنه : " إذا كان الحكم قد رد على مدافع به المشفوع منه من أن الشفعاء لم يكونوا مالكيين لما شفعوا به وقت طلب الشفعة ، بأن العقار المشفوع به رسا مزاده عليهم فى تاريخ سابق للطلب ، فإن الطعن على هذا الحكم بأنه لم يذكر تاريخ تسجيل حكم رسو المزداد لامصلحة منه ، إذا كان الثابت من الصورة التنفيذية لحكم المزداد التى كانت مقدمة إلى محكمة الموضوع أنه كان مسجلا فى يوم صدوره " (٢) .

وقضت بأنه : " إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون عليه الرابع بصفته قد اختصم فى الدعوى القضائية ، دون أن توجه طلبات قضائية إليه ، وأنه وقف من الخصومة موقفا سلبيا ، وطلب إخراجا من الدعوى القضائية ، ولم يحكم بشئ عليه ، وكان الطاعن قد أسس طعنه على أسباب تتعلق بالمطعون عليهم الثلاثة الأول وحدهم ، فإن اختصام المطعون عليه الرابع يكون غير مقبول " (٣) .

١ - أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٣ - السنة (٣٩) - الجزء الثانى - ص ٢١١٢ ، ١٩٨٠/٩/١٦ - السنة (٣٩) ص ١٨٢ ، ١٩٥٢/٥/٨ - انعامه المصرية - (٣٤) - ص ٦٤٥ .

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٠/٥/٤ - فى الطعن رقم (١٢٩) - لسنة (١٧) ق ، ١٩٤٩/١٢/١١ - فى الطعن رقم (٢٤) - لسنة (١٢) ق ، ١٩٤٨/٦/٣٠ - الطعن رقم (٦٧) لسنة (١٧) ق ، ١٩٣٥/٣/٢٨ - فى الطعن رقم (٤٩) - لسنة (٤) ق ، ١٩٣٣/١/١٩ - فى الطعن رقم (٧٤) - لسنة (١٢) ق .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٤/٣/٢٨ - مجموعة النقض ٢٥ ص ٦١١ - ق (٩٩)

كما قضت بأنه : " الطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه ، وفي حدود هذه المصلحة " (١) .

وقضت بأنه : " ليس للطاعن تعيب الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية بدفاع لامصلحة له فيه " (٢) .

كما قضت بأنه : " لا يكفي فيمن يختصم في الطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية أن يكون طرفاً في الخصومة القضائية التي صدر فيها الحكم القضائي المطعون فيه ، بل يجب أن تكون له مصلحة في الدفاع عن الحكم حين صدوره " (٣) .

فيتعين أن يتوافر للطاعن مصلحة في الطعن في الحكم القضائي الصادر عليه في الدعوى القضائية ، بأن يكون قد أضر به ، فحكم عليه قضائياً بشئٍ لخصمه ، كما إذا لم يقضى له بكل طلباته - إذا كان مدعياً - أو لم يؤخذ بكل دفاعه - إذا كان مدعياً عليه (٤) - فمناط المصلحة في الطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية - سواء كانت حالة ، أو محتملة - إنما هو أنه قد أضر بالطاعن ، بأن كان قد قضى برفض طلباته كلها ، أو قضى له ببعضها ، دون البعض الآخر . ومن ثم ، فإنه لامصلحة للطاعن فيما يكون قد صدر به الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية وفقاً لطلباته ، أو محققاً لمقصوده منها (٥) .

والمناط في معرفة مدى توافر المصلحة في الطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية هو منطوقه ، فإذا كان هناك تطابقاً بين طلبات الخصم في الخصومة

١ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٤/١/٢٢ - س (٢٥) - ص ٢١٨ .

٢ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٨٨/١/١٧ - في الطعن رقم (٩١٤) - لسنة (٥٤) ق ، في ١٩٨٨/٣/٢٣ - في الطعن رقم (٧٧٦) - لسنة (٥٥) ق .

٣ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٤/٣/٢٨ - س (٢٥) - ص ٦١٢ ، ١٩٧٥/١٢/٣٠ - س (٢٦) - ص ٦٧٥ - س (٢٦) - ص ١٥٣٧ .

(٤) أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٨/٦/١٤ - مجموعة أحكام النقض - س (٢٦) - ص ١٤٧٢ .

(٥) أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٣ - مجموعة أحكام النقض - س (٣١) - ص ١١٢ .

القضائية التى صدر فيها الحكم القضائى المطعون فيه ، ومنطوقه ، فإن المصلحة فى الطعن تكون منتفية ، حتى ولو كان هناك اختلافا بين أسبابه ، والأسباب التى استند إليها الخصم فى مذكرته الختامية ، أما إذا لم يكن للخصم طلبات فى الخصومة القضائية التى صدر فيها الحكم القضائى المطعون فيه ، فإنه يعتبر خاسرا للدعوى القضائية ، إذا قبلت طلبات خصمه فيها كليا ، أو جزئيا . أما إذا حكم برفض الدعوى القضائية ، أو بعدم قبولها ، فإنه لا يكون للمدعى عليه عندئذ الحق فى الطعن فى الحكم القضائى الناصر فى مثل هذه الحالات ، أو ما شابهها ^(١) .

ولاتصلح المصلحة النظرية البحتة أساسا للطعن فى الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية ، وهى المصلحة التى لا يحقق الطاعن أى نفع من ورائها . ومن ثم ، فإنه لا يقبل الطعن على حكم قضائى صدر فى إحدى الدعاوى القضائية ، وفقا لطلبات الطاعن ، بزعم أن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية قد عدل بعض الأسباب التى لم تصادف هوى فى نفسه .

إلا أن شرط القول بعدم توافر المصلحة المؤدية إلى عدم جواز الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية هو وجوب أن يكون محققا لمقصود الطاعن وتمشيا مع المركز القانونى الذى يدعيه ، بما يترتب عليه من آثار رتبها القانون الوضعى ، بحيث لا يكون من شأنه إنشاء التزامات جديدة ، أو الإبقاء على التزامات يريد التخلص منها ، أو حرمانه من حق يدعيه ، سواء وردت هذه القيود فى منطوق الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، أو فى أسبابه ، طالما كانت أسبابه هى جوهر القضاء ، ولبه ، ولا يستقيم إلا بها ، وتعتبر أسبابه عندئذ مكملة لمنطوقه ^(٢) .

والعبرة فى تحقق المصلحة فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية هى بوقت صدوره ، فلا يحول دون قبولها ، زوالها بعد ذلك ^(٣) .

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط لى قانون القضاء المدنى - بند ٣٥١ ، ص ٦٨٥ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/١٠/١٧ - مجموعة أحكام النقض - العدد الأول - س (٣٠) - ص ٢٤٧ .

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٦/٦/٢٣ - مجموعة أحكام النقض - س (٢٧) - ص ٤٢٢ ، ١٩٦٦/١٠/٢٥ - مجموعة أحكام النقض - س (١٧) - ص ١٥٥٨ ، ١٩٦٣/٣٢/٧ - مجموعة أحكام النقض - س (١٤) - ص ٢٨٨ .

المبحث السادس

لايعنى إشتراط توافر مصلحة معينة للمدعى ، لكى تقبل دعواه القضائية ، أن الحكم القضائى الذى يصدر فيها لابد أن يحقق له هذه المصلحة " لاتلزم بين قبول الدعوى القضائية ، ونتيجة الفصل فيها "

يتم التأكد من مشروعية المصلحة فى الدعوى القضائية بواسطة القاضى - بصورة مجردة - بالبحث عما إذا كان القانون الوضعى يحمى مصلحة من هذا النوع ، أم لا ؟ ، حتى يتمكن القاضى من إصدار الحكم القضائى بقبول الدعوى القضائية ، لأن التأكد من مشروعية المصلحة يكون عند تحقيق النزاع ، والفصل فى موضوعه ، ويتم ذلك فى مرحلة تالية لقبول الدعوى القضائية . فيكون المقصود بقانونية المصلحة فى الدعوى القضائية هو أن يتأكد القاضى العام فى الدولة - بفرض صحة مايدعيه الخصوم فى الدعوى القضائية - من أن مايدعيه المدعى فيها مما يحميه القانون الوضعى بصفة مجردة ، أو يعترف به . وبالتالي ، يكون دور القاضى عند بحثه فى مسألة قبول ، أو عدم قبول الدعوى القضائية هو البحث فيما إذا كانت هناك قاعدة من قواعد القانون الوضعى تحمى مايدعيه المدعى فيها ، فإن وجد القاضى - بفرض صحة مايدعيه المدعى فيها - أن هناك قاعدة قانونية لحمايته ، كانت الدعوى القضائية عندئذ مقبولة ، نظرا لقانونية المصلحة فيها ، وإن لم يجد القاضى العام فى الدولة قاعدة تحمى مايدعيه المدعى فيها ، فإنه يحكم بعدم قبولها ، لعدم قانونية المصلحة فيها ، دون أن يتطرق لبحث موضوع مايدعيه المدعى فيها ^(١) .

فالمقصود هو أن يتأكد القاضى من أن مايدعيه المدعى مما يحميه القانون الوضعى بصفة مجردة ، أو يعترف به ، أى أن دور القاضى حينما يفصل فى مسألة قبول الدعوى القضائية ، أو عدم قبولها ، لمشروعية المصلحة فيها ، إنما يتصدى لمسألة قانونية بحثية ، وهى البحث فيما إذا كانت هناك قاعدة من قواعد القانون الوضعى تحمى مايطالب به

(١) أنظر : إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - ص ١٤٩ ، و جدى راغب فهمى : المرجع السابق ، ص ١١٩ ، إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - ص ٢٠ ، ٢١ .

المدعى ، من عدمه ؟ . والحكمة من ذلك : هي أن وظيفة القضاء هي حماية النظام القانوني . وبالتالي ، حماية الحقوق ، والمراكز القانونية . ولذلك ، لا تقبل الدعوى القضائية إلا إذا كانت ترمى إلى حماية حق ، أو مركز قانوني ، فبالنسبة للخليلة التي تطلب تعويضا عن وفاة خليلها ، فإن القاضى يتأكد فقط من وجود قاعدة قانونية تحمى حق ، أو مركز الخلية ، فإذا ما تبين له أن القانون الوضعي لا يحمى حق الخلية من الناحية المجردة في التعويض ، فإنه يحكم بعدم قبول طلبها القضائي ، دون أن يتحقق من الوقائع ، عما لو كانت تستحق التعويض ، من عدمه ، أى دون البحث في الوقائع ، عما لو كان طلبها يستند إلى حق ، من عدمه (١) .

ويعتني قبول الدعوى القضائية مجرد صلاحيتها للنظر فيها ، وبصرف النظر عما إذا كانت تستند إلى حق فعلا ، أم لا ؟ . فقد تكون الدعوى القضائية مقبولة ، فتتظر المحكمة فى موضوعها ، ثم يتضح لها بعد ذلك أن المدعى لم يكن صاحب حق فعلا ، كما أن العكس يكون متصورا ، إذ قد تتخلف شروط قبول الدعوى القضائية ، فلا ينظرها القاضى ، ولا يصدر الحكم القضائي المستهدف فيها ، ولن يكون معنى ذلك أن المدعى ليس بصاحب حق فيما يدعيه ، فهذه مسألة لم يفحصها القاضى (٢) . فلا يشترط وجود الحق ، أو المركز القانوني المدعى ، لكى تقبل الدعوى القضائية ، فهذا لن يظهر ، أو يتأكد إلا بعد النظر فيها وفحص الوقائع ، وتدقيقها ، وصدر الحكم القضائي فيها ، والذي يضع حدا للمنازعة . فوجود الحق ، أو المركز القانوني ، أو عدم وجوده لا يتأكد منه القاضى وهو

١ - أنظر :

VINCENT et GUINCHARD : Pr . Civ . Op . Cit . N . 103 ;
JAUFFRET : Pr . Civ . Op . Cit . N . 31 ; COUCHEZ : Pr .
Civ . Op . Cit . N . 152 .

وانظر أيضا : إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - الجزء الأول - ص ١٤٩ ، محمود محمد هاشم - إجراءات التقاضى ، والتفيذ - ص ٣١ ، عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصرى - بند ٤٩٣ ، ص ٥٠٥ .

٢ - أنظر : عبد الباسط جمعي - مبادئ المرافعات - ١٩٨٠ - ص ٣١٦ ، وجدى راغب فهمي - مبادئ الخصومة المدنية - ص ١١٩ ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات في ضوء الفقه ، والقضاء - ١٩٧٨ - ص ٤٧ ، الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٨٩ ، ٩٠ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - بند ٥٥ ، إبراهيم محمد على - نظرية المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ١٩ .
وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٩/١١/١٧ - ٢٠ - ٩٧٠ .

بصدد الفصل فى مسألة قبول الدعوى القضائية ، ولايتأكد ذلك إلا بصدد الحكم القضائى فيها ، والذي يضع حدا للمنازعة ^(١) . وبمعنى آخر ، لايفترض لوجود الدعوى القضائية سبق وجود الحق ، أو المركز القانونى ، إذ ليس بشرط لقبول الدعوى القضائية أن يكون رافعها هو صاحب الحق الموضوعى ، وأن يثبت ذلك قبل رفعها . فالدعوى القضائية ترفع بقصد تأكيد وجود الحق ، أو نفى هذا الوجود ، وهذا لايتأتى إلا بعد الفصل فى موضوعها ، والتي افترض قبولها قبل ذلك ^(٢) ، وإنما المقصود بقانونية المصلحة ، هو أن يتمسك رافعها بحق ، أو مركز قانونى ، أى أن يكون موضوعها مجرد ادعاء بحق ، أو مركز قانونى ^(٣) ، دون أن يتأكد القاضى العام فى الدولة من وجود هذا الحق ، أو المركز القانونى ، وهو بصدد الفصل فى مسألة قبولها ، لأن ذلك لن يتأكد إلا بصدد الحكم القضائى فيها ، وإنما المقصود بهذا الشرط هو أن يتأكد القاضى العام فى الدولة - بفرض صحة مايدعيه الخصوم فى الدعوى القضائية - من أن مايدعيه المدعى مما يحميه القانون الوضعى لصفة مجردة ، أو يعترف به ^(٤) .

وعلى ذلك ، فيكون دور القاضى العام فى الدولة عند بحثه فى مسألة قبول ، أو عدم قبول الدعوى القضائية ، هو البحث فيما إذا كانت هناك قاعدة من قواعد القانون الوضعى تحمى مايدعيه المدعى فيها ، أم لا ؟ . فإن وجد القاضى - بفرض صحة مايدعيه

(١) أنظر : = الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٥ .

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١١٩٠ - ص ٤٩ .

(٣) أنظر : كورنى ، وفويه - ص ٣٧ ، عبد الباسط جيمى - مبادئ - ص ٣٦٦ ، وحيدى راغب فهمى - مبادئ القضاء - ص ٩٤ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - بند ٥٥ ، ص ١٤٨ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١١٩٠ - ص ٤٩ ، ٥٠ ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقهاء - ١٩٧٨ - ص ٤٧ .

(٤) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١١٩٠ - ص ٥٠ .

المدعى فى الدعوى القضائية - أن هناك قاعدة قانونية تحميه ، كانت الدعوى القضائية عندئذ مقبولة ، نظرا لقانونية المصلحة ، وإن لم يجد القاضى قاعدة تحمى مايدعيه المدعى ، فإنه يحكم بعدم قبولها ، لعدم قانونية المصلحة ، دون أن يتطرق لبحث موضوع مايدعيه المدعى فيها ^(١) .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " لايلزم أن يثبت الحق " للمدعى فى الدعوى القضائية " حتى تقبل دعواه القضائية ، بل يكفى أن تكون له شبهة حق حتى تكون دعواه القضائية جديرة بالعرض أمام القضاء العام فى الدولة " ^(٢) .

وخلاصة القول ، أن الفصل فى مسألة قبول الدعوى القضائية هو فصلا فى مسألة قانونية بحثية ، وهى البحث عن القاعدة القانونية التى تحمى المصلحة محل الإدعاء ، دون التطرق إلى البحث فى حقائق هذه المصلحة ، وماإذا كانت تقوم على أساس ، أو لا تقوم على أى أساس ، فهو فصلا فى مسألة سابقة على هذه المرحلة ، أى الفصل فى موضوع الدعوى القضائية . فلايجوز الخلط بين المصلحة فى الدعوى القضائية بمقوماتها المقررة قانونيا ، والحق الذى تقام لحمايته ، إذ البحث فى كون المصلحة شرطا لقبول الدعوى القضائية ، لايتناول البحث فى وجود الحق الذى تقام لحمايته ، وإلا كان فى ذلك خلطا بين موضوع الدعوى القضائية ، وشرط قبولها ، ولكنه يتناول وجود الحق فى مباشرة الدعوى القضائية ، أو عدم وجوده ، بصرف النظر عن وجود الحق الذى تقام لتقريره ، أو حمايته ^(٣) .

ولايعنى إشتراط توافر مصلحة معينة للمدعى لى تقبل دعواه القضائية أن الحكم القضائى الذى يصدر فيها لابد أن يحقق له هذه المصلحة ، فقد يصدر الحكم القضائى على خلاف مايتفقى المدعى ، إذا تبين للمحكمة أنه غير محق فى دعواه القضائية ، وذلك لأن مسألة

(١) أنظر : كورنى ، فويه - المرجع السابق - ص ٣٧ ، وجبى راغب فهمى - مبادئ الخصومة - ص ١١٩ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - بند ٥٥ ص ١٤٩ ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - ص ٤٧ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٥٠ .

٢ - أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٧/٦/١٩٦٩ - س (٢٠) - ص ٩٧٠ .

(٣) أنظر : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨١ - ص ١٣ ، ١٤ .

قبول الدعوى القضائية شيئا ، والحكم القضائي الصادر في موضوعها شيئا آخر ، فالمصلحة عندئذ تكون شرطا لقبول سماع الدعوى القضائية أمام المحاكم ، وصلاحياتها للسماع شيئا ، والفصل في موضوعها شيئا آخر . لذلك ، كان لا تلازم بين قبول الدعوى القضائية ، ونتيجة الفصل فيها ^(١) ، فليس باللازم أن الحكم القضائي الذي يصدر في الدعوى القضائية لابد وأن يحقق له هذه المصلحة ، فقد يصدر الحكم القضائي فيها رغم ذلك في غير صالح المدعى ، إذا ما أظهر التحقيق الذي أجرته المحكمة ، وبناء على ما تكشف لها أن المدعى غير محق في دعواه القضائية ، وهذا ما يؤكد أن مسألة قبول الدعوى القضائية شيئا ، والحكم القضائي في موضوعها شيئا آخر . فالمصلحة تكون شرطا لقبول الدعوى القضائية ، أي لمجرد سماعها أمام المحاكم . ولهذا ، يلزم توافر هذه الشروط لكي نعرف ما إذا كانت الدعوى القضائية جديرة بأن تسمع قضائيا ، أم لا ؟ . وهذه مسألة سابقة ، وأولية على الفصل في موضوعها ^(٢) .

١ - أنظر : عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصري - بند ٤٩١ ، ص ٥٠٣ .

^(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٤٨ .

المبحث السابع

إختلاف الفقه ، وأحكام القضاء فى ظل قانون المرافعات
المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ حول ماإذا كانت
المصلحة فى الدعوى القضائية بمقوماتها - بما فيها الصفة -
من النظام العام ، أم لا ؟ .

تمهيد ، وتقسيم :

إختلف الفقه ، وأحكام القضاء فى ظل قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة
١٩٤٩ حول ماإذا كانت المصلحة فى الدعوى القضائية بمقوماتها - بما فيها الصفة -
من النظام العام ، أم لا ؟ ، بين اتجاه قائل بأن المصلحة فى الدعوى القضائية بمقوماتها -
بما فيها الصفة - تتعلق بالنظام العام ، وآخر قائل بأن المصلحة فى الدعوى القضائية
بمقوماتها - بما فيها الصفة - ليست متعلقة بالنظام العام ، والذى أخذت محكمة النقض
المصرية به ، واستقرت فى أحكامها على ذلك .
وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين ، وذلك
على النحو التالى :

المطلب الأول : الاتجاه القائل بأن المصلحة فى الدعوى القضائية بمقوماتها - بما
فيها الصفة - تتعلق بالنظام العام .

والمطلب الثانى : الاتجاه القائل بأن المصلحة فى الدعوى القضائية بمقوماتها - بما
فيها الصفة - ليست متعلقة بالنظام العام ، والذى أخذت محكمة النقض المصرية به ،
واستقرت فى أحكامها على ذلك .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

المطلب الأول

الإتجاه القائل بأن المصلحة فسى الدعوى القضائية
بمقوماتها - بما فيها الصفة - تتعلق بالنظام العام

ذهب رأى إلى أن المصلحة فى الدعوى القضائية - بما فيها الصفة - تتعلق بالنظام العام ، فما دام الدليل قد قام أمام المحكمة على أن المدعى لامصلحة له فى رفع الدعوى القضائية ، أو لاصفة له فى ذلك ، تعين عليها أن تقضى بعدم قبولها من تلقاء نفسها ، دون حاجة إلى إثارة دفع بذلك أمامها ، حتى ولو اتفق الطرفان على السير فيها بحالتها أمام المحكمة . فالدعاوى القضائية التى لامصلحة لأصحابها فى رفعها ، أو لاصفة لهم فيها ، لن تكون ذات قيمة ، أو حجية على أصحاب الصفة الحقيقية ، ورفع هذا العبث من النظام العام ، إذ أن القضاء العام فى الدولة - كسلطة من سلطات الدولة الثلاث - قد شرع للفصل فى الخصومات ذات النتائج المرجوة ، ولامحل لتعطيله ، برفع خصومات قضائية عديمة الجدوى ، لانعدام المصلحة ، أو صدور أحكام قضائية عديمة الحجية القضائية ، لانعدام الصفة فى رفعها ^(١) .

(١) أنظر : أحمد أبو الولا ، نصر الدين كامل ، عبد العزيز يوسف - مدونة الفقه ، والقضاء - الجزء الأول - ص ٢٠٢ .

والمطلب الثانى

الإجاء القائل بأن المصلحة فى الدعوى القضائية بمقوماتها - بما فيها الصفة - ليست متعلقة بالنظام العام ، والذى أخذت محكمة النقض المصرية به ، واستقرت فى أحكامها على ذلك

ذهب رأى آخر إلى أن المصلحة فى الدعوى القضائية بمقوماتها - بما فيها الصفة - ليست متعلقة بالنظام العام . وبالتالي ، لايجوز للمحكمة أن تقضى - ومن تلقاء نفسها - بعدم قبول الدعوى القضائية لانقضاء الصفة ، مالم يدفع أحد الخصوم بذلك ، إذ لايجوز لها التعرض لها من تلقاء نفسها ، فالدفع بانعدام المصلحة ، أو الصفة فى الدعوى القضائية لايتعلق بالنظام العام ، وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأى ، واستقرت فى أحكامها على ذلك ^١ . فالدفع بعدم قبول الدعوى القضائية لانعدام الصفة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية - لاشأن له بالنظام العام ، إذ هو مقرر للمصلحة من وضع لحمايته ، فلايحق لغيره أن يحتج بهذا البطلان ، كما لايجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ^(٢) . وتطبيقاً لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " متى كانت الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الاستئناف بزوال صفة صاحب المنشأة - قبل تأميمها تأميماً كلياً ، وإعماجها فيها - فى تمثيلها أمام محكمة أول درجة ، بعد أن ساهم

^١ - أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٧/٦/٤ - فى الطعن رقم (٦٧٥) - السنة (٥٣) قضائية - ٣٨ - ٧٦٨ ، ١٩٨٦/٢/٦ - فى الطعن رقم (١٨٨٣) - السنة (٥٢) قضائية ، ١٩٨١/١٢/١٠ - ١٨ - ٤١٨ ، ١٩٨١/١٢/١٠ - فى الطعن رقم (٨٩٤) - السنة (٤٣) قضائية ، ١٩٧٨/٦/٢٦ - ٢٩ - ١٥٥٧ ، ١٩٧٤/١١/١٣ - ٢٥ - ١٢٢٤ ، ١٩٧٤/١٠/٢٥ - ١٨ - ١١٥٣ ، ١٩٦٨/٥/٩ - ٩١٤/١٩ - ١٩٦٨/٣/٥ - ١٩ - ٥٠١ ، ١٩٦٧/٥/٢٣ - ١٨ - ١٠٨٤ ، ١٩٦٧/٢/٢١ - ١٨ - ٤١٨ ، ١٩٥٥/٧/٧ - فى الطعن رقم (٤٠٨) - السنة (٢١) قضائية - الخمسين عاماً - المجلد الثالث - ٣١٤٠ - ١٤٢ .

^(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٤/١٠/٢٢ - مجموعة النقض - (٢٥) ص ١١٥٣ - ق (١٩٣) ، ١٩٧٨/١٢/١٩ - فى الطعن رقم (١٠٤٤) - لسنة (٤٥) ق ، مشاراً لهذا الحكم لدى : أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠١ ، ص ١٧٠ .

فيها القطاع العام ، فإنه لا يقبل منها التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأنه يستلزم التحقق مما إذا كانت هذه الصفة قد زالت عنه فعلا ، أم أنها إستمرت أمام تلك المحكمة ، وهو بحثا لواقع ، كان يجب عرضه على محكمة الموضوع ^(١) .

(١) أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٨ - مجموعة النقض (٢٥) - ص ١٤٩٣ - ق (٢٥٣) ، مشار لهذا الحكم لدى : أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠١ . ص ١٧٠ .

المبحث الثامن

مدى إعتبار المصلحة في الدعوى القضائية من النظام العام ، بعد
التدخل التشريعي بالقانون الوضعي المصري رقم (٨١) لسنة
١٩٩٦

يعتبر شرط المصلحة في الطلب القضائي من النظام العام في القانون
الوضعي المصري (١) :

نظم القانون الوضعي المصري رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ الصفة في رفع الدعوى القضائية
، وبين الشروط التي يتعين توافرها فيمن يرفعها ، وأتى بجزء على مخالفة أحكامه . وقد
أضاف المشرع الوضعي المصري إلى المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري فقرة
جديدة ، نصها كالتالي :

" وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها ، في أي حالة تكون عليها الدعوى بعدم القبول في
حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين " (٢) .
وبخصوص عدم قبول الدعوى القضائية لانقضاء شرط المصلحة فيها ، فقد أضاف المشرع
الوضعي المصري بالقانون الوضعي المصري رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ فقرة أخرى

(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند
١٥١ ص ٢٣٦ ، إبراهيم محمد علي - المصلحة في الدعوى الإدارية - ص ١٦ .

(٢) تم تعديل المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية ، والتجارية بالقانون الوضعي المصري رقم (٨١)
لسنة ١٩٩٦ ، وتقضى بأنه :
" لاتقبل أي دعوى كما لايقبل أي طلب أو دفع إستنادا لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر ،
لايكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة يقرها القانون .
ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق
يخشى زوال دليله عند الراجع فيه " .

للمادة (٣) من قانون المرافعات المصرى ، نقضى بأنه :

" ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعى بغرامة إجرائية لا تزيد على خمسمائة جنيه إذا تبين أن المدعى قد أساء استعمال حقه فى التقاضى " .

وبصدد ذلك النص ، يكون قد أصبح من الواجب على المحكمة أن تقضى بعدم قبول الدعوى القضائية من تلقاء نفسها ، فى حالة عدم توافر المصلحة ، أو الصفة ، دون حاجة إلى دفع يقدم من أصحاب الشأن بذلك ، لأن شروط الدعوى القضائية أصبحت بعد التدخل التشريعى بالقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية ، والتجارية من النظام العام ، ويترتب عليه عدم جواز الاتفاق على خلاف ذلك ، كما أن الدفع بعدم القبول يجوز إثارته فى أية حالة تكون عليها الدعوى القضائية ، وأمام أية محكمة ، حتى محكمة النقض المصرية (١) .

فالدفع بعدم قبول الدعوى القضائية لانعدام الصفة أصبح بعد التدخل التشريعى بالقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ من النظام العام (٢) .

ويستقر على كون المصلحة فى الدعوى القضائية من النظام العام أن المحكمة تحكم فى حالات انتفائها بعدم قبولها من تلقاء نفسها ، ولو لم يتمسك بهذا أصحاب الشأن (٣) ، ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى القضائية لانتفاء المصلحة فيها أن تحكم على المدعى بغرامة لا تزيد عن خمسمائة جنيه ، إذا تبين لها أن المدعى قد تسف فى استعمال حقه فى الدعوى القضائية ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به فى أية حالة تكون عليها الدعوى القضائية ، ولول لأول مرة أمام محكمة النقض .

فيتعلق شرط المصلحة لقبول الدعاوى القضائية بوظيفة القضاء ، والتي هى منح الحماية القانونية لمن يستفيد من الدعوى القضائية ، ويتميز بها ، أى من هم فى حاجة إلى الحماية . وفضلا عن هذا ، فهذا الشرط يقصد به ضمان جدية الإلتجاء إلى القضاء العام

(١) أنظر : إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - ص ٢٣ .

(٢) أنظر : عبد الحميد الشواربي - الدفوع المدنية " الإجرائية ، والموضوعية " - ص ٧٦٥ .

(٣) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - الملكية القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٥١ ، ص ٢٣٦ ، إبراهيم محمد على - المصلحة فى الدعوى الإدارية - ص ١٦ .

فى الدولة ، والحد من استعمال الدعاوى القضائية دون مقتضى ، وتخفيف العبء عن القضاة ، لحسن القضاء ، وهذه كلها إعتبارات تمس المصالح العامة فى المجتمع (١) .

فيعتبر شرط المصلحة فى الطلب القضائى من النظام العام ، ولايجوز الإخلال به ، وللمحكمة أن تشير من تلقاء نفسها ، فى صورة عدم قبول الطلب القضائى ، لانتفاء شرط المصلحة . وقد نصت المادة الثالثة من القانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ على أن المحكمة تقضى من تلقاء نفسها فى أية حالة تكون عليها الدعاوى القضائية بعدم القبول فى حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرتين السابقتين ، والخاصتين بقانونية المصلحة فى الدعاوى القضائية ، وكونها شخصية ، ومباشرة ، والمصلحة الإحتماية ، وما تجيزه من قبول بعض الدعاوى القضائية . وعلى ذلك ، يكون شرط المصلحة فى الدعاوى القضائية - بأوصافها المتعددة - متعلقا بالنظام العام .

ويقتصر نطاق إعتبار المصلحة فى الدعاوى القضائية من النظام العام على الشرط ذاته ، فى وجوب توافر المصلحة فى الدعاوى القضائية ، دون تطبيقاتها ، وأوصافها ، فقد لا يكون هذان الأمران من النظام العام ، إذا كانا مقررين لمصلحة الأشخاص ، ومثال الأمر الأول : عدم جواز الصلح فى الدعاوى القضائية ، ومثال الأمر الثانى : كون المصلحة فى الدعاوى القضائية حالة (٢) .

١- أنظر : أمينة مصطفى النمر - الدعاوى ، وإجراءاتها - ١٩٩٠ - ص ٦٧ .

(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٥١ ، ص ٢٣٦ .

والمبحث التاسع

أمثلة للدعوى القضائية التي تنعدم فيها المصلحة (١)

ومن أمثلة عدم توافر المصلحة في الدعوى القضائية بصفة عامة ، مايلي :

المثال الأول :

طلب بطلان حكم بتطليق زوجة من زوجها السابق ، إذا كان هذا لا يؤدي بذاته إلى استمرارها في عصمته ، لسبق تطليقها منه بحكم قضائي سابق صحيح (٢) .

المثال الثاني :

دعوى وارث بإبطال إقرار مورثه بملكية الغير لمال ، إذا كان الوارث لا يدعي أن هذا المال ملكا لمورثه (٣) .

المثال الثالث :

إذا كانت الشركة في حالة انحلال ، فإنه لا تقبل دعوى الشريك ببطلان الشركة ، لعدم الإعلان عنها ، لأن البطلان يترتب عليه فيما بين الشركاء نفس الآثار التي تترتب على الحل . ومن ثم ، تنعدم المصلحة من دعوى البطلان (٤) .

(١) في بيان تطبيقات لعدم توافر المصلحة في الدعوى القضائية بصفة عامة ، أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤١ ، ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

٢ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٨/١١/٢٧ - السنة (١٩) - ص ١٤١٤ .

(٢) أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٩/٦ - في الطعن رقم (٦١٩) - لسنة (٤٦) ق ، ١٩٦٨/١١/٢٧ - السنة (١٩) - ص ١٤١٤ ، ١٩٦٢/٣/٢٩ - مجموعة أبو شاذى ، ٢٨ ، ١٩٤٨/١٢/١١ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء الخامس - ص ٥٠١ ، إستئناف مصر - جلسة ١٩٢٤/ ٣/٢٠ - إخمamah المصرية - السنة (٤) - ص ٧٣٥ .

(٣) أنظر :

Cass . Req . 24 Janv . 1872 . D . 182 . 300 .

وانظر أيضا : الأحكام القضائية العديدة لحكمة النقض الفرنسية ، والمشار إليها لدى : أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٩٦ ص ١٦٤ - الهامش رقم (٤) .

المثال الرابع :

إقامة الدعوى القضائية من مشتري العقار بعقد مسجل ، لاستصدار حكم قضائي بنقل الملكية ، ومن الدائن للمطالبة بحق صدر به أمر أداء لايزال قائما .

المثال الخامس :

إقامة دعوى قضائية مستعجلة من الدائن ، للحصول على نفقة مؤقتة ، رغم صدور الحكم القضائي بإلزام المدين بأداء الدين ، ومن المحجوز عليه بطلب وقف التنفيذ ، أو من الحاجز بطلب استمراره ، رغم صدور حكم قضائي في الحالتين ببطان إجراءات التنفيذ ، أو صحتها ، فمركز الخصوم في الدعاوى المستعجلة المذكورة يكون قد تحدد فعلا - وبصفة نهائية - نتيجة لصدور الحكم القضائي الموضوعي بإلزام المدين بالدين في المثال الأول ، والحكم ببطان إجراءات التنفيذ ، أو صحتها في المثال الثاني بحالتيه . ولهذا السبب ، لا يحصل المدعى في هذه الدعاوى المستعجلة على ميزة ، أو منفعة ، ولا يستفيد ، أو يتميز من الحكم القضائي له في الدعوى القضائية ، أي ليس في حاجة إلى الحماية القانونية ، أي ليست له مصلحة عندئذ في الدعوى القضائية .

المثال السادس :

يعتبر تطبيقا كذلك على انتفاء المصلحة في الدعاوى القضائية كون هذه المصلحة نظرية . ومرجع هذا ، أن الحكم القضائي الذي يصدر للمدعى في الدعوى القضائية عندئذ لا يعدل مركزه القانوني ، أو الواقعي ، فلا يحصل على ميزة ، أو منفعة ، أي لا يستفيد منه ^(١) . والمجال الواضح للمصلحة النظرية في الدعاوى القضائية : حالات الطعن في الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى القضائية ، ومثال هذا ، الطعن في الحكم القضائي الصادر بعدم قبول الدعوى القضائية ، لانتهاء المصلحة ، بدلا من سبق الفصل في النزاع ، وإتمام الصلح .

ومن الأمثلة كذلك على المصلحة النظرية في الطعن : إقامته بسبب تضمن أسباب الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية عبارات لا تكفي وحدها لبناء الحكم القضائي عليها ، أو بسبب إغفال بعض الأسباب في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية . فالمصلحة في هذه الطعون تكون منتفية ، لأن المطلوب فيها هو مجرد تغيير عبارات الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية ، وصولا إلى نتائج تتضمنها في الواقع هذه

(١) انظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالإسكندرية - ١٩٩٢ - بند

العبارات . وقيام من حكم له بكل مطلوبه بالطعن في الحكم القضائي الصادر لمصلحته ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " قاعدة المصلحة مناط الدعوى وفق المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري تطبق حين الطعن بطريق النقض ، كما تطبق في الدعاوى القضائية حال رفعها ، وعند استئناف الحكم القضائي الذي يصدر فيها ، ومناط المصلحة المحققة - سواء أكانت حالة ، أو محتملة - إنما هو كون الحكم القضائي المطعون فيه قد أضر بالطاعن حين قضى برفض طلباته القضائية كلها ، أو قضى له ببعضها ، دون البعض الآخر ، فلامصلحة للطاعن فيما يكون قد صدر به الحكم القضائي وفق طلباته القضائية ، أو محققا لمقصوده منها . وإذا كان الحكم القضائي المطعون فيه قد صدر محققا لمقصود الطاعنين ، مما تنفي معه مصلحتها في الطعن ، ويتعين من أجل ذلك القضاء بعدم جواز الطعن في الحكم القضائي الصادر " (١) .

المثال السابع :

دعوى الدائن العادي ، أو المرتهن المتأخر في المرتبة ببطان إجراءات توزيع قيمة العقار على الدائنين المرتهين السابقين عليه في المرتبة ، لأنه حتى ولو حكم ببطان هذه الإجراءات ، فلن ينال المدعى شيئا من قيمة العقار المباع ، نظرا لاستغراق حقوق الدائن المرتهن السابق في المرتبة لكل قيمة العقار . وعندئذ ، فلامصلحة للدائن العادي ، أو الدائن المرتهن المتأخر في المرتبة في طلب بطلان التوزيع ، رغم أنه صاحب حق (٢) .

لامصلحة لشريك بطلب استرداد حصته في رأس مال الشركة ، قبل حصول التصفية :

١ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٣ - السنة (٣١) - الجزء الثاني - ص ٢١١٢ ، ١٩٨٠/١/١٦ - السنة (٣١) ص ١٨٢ ، ١٩٥٢/٥/٨ - اجاماه المصرية - (٣٤) - ص ٦٤٠ .

٢ - أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - النقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٤٧ .

وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ - س (٢٥) - ص ٧٨٤ .

لامصلحة لشريك بطلب استرداد حصته في رأس مال الشركة ، قبل حصول التصفية .
وعندئذ ، يقضى بعد قبولها ، لرفعها قبل الأوان (١) .

لاتتوافر المصلحة في الدعوى القضائية إذا كان قد سبق الفصل فيها (٢) :

من القواعد المقررة أنه لايجوز نظر الدعوى القضائية التي سبق الفصل فيها (٣) ، وهذه القاعدة هي إحدى نتائج حجية الشيء المحكوم ، أو المقضى به ، والتي تحوزها الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى القضائية ، ويترتب عليها منع المحاكم من إعادة نظر النزاع الذي فصل فيه ، ويسرى هذا المنع بالنسبة للمحكمة التي أصدرت الحكم القضائي ، والمحاكم الأخرى ، سواء كانت من ذات مستوى المحكمة الأولى ، أو مستوى أعلى ، أو أقل منها (٤) ، كما يسرى هذا المنع ولو كان الحكم القضائي السابق قد صدر من محكمة غير مختصة في ذات الجهة القضائية التي تتبعها المحكمة المعروض عليها الدعوى القضائية ثانية ، باعتبار أن حجية الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية يعتد بها أمام جميع محاكم الجهة القضائية الواحدة ، ولو كان مشوباً بعيب عدم الاختصاص القضائي الوظيفي (٥) .

وتعتبر الدعوى القضائية قد سبق الفصل فيها ولو كانت المحكمة قد أوردت قضاءها في الدعوى القضائية في أسباب الحكم القضائي الصادر فيها ، لما لهذا القضاء من حجية قضائية ، باعتبار أن الأسباب تكون مكملية للمنطوق (٦) .

(١) أنظر : عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨٩ - ص ١٦ .

وانظر أيضاً : نقض مدين مصري - جلسة ١٩٦٩/٦/١٢ - السنة (٢٠) - ص ٩٢٩ .

(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤٢ ، ص ٢٢٤ ، ومابعدها .

(٣) في بيان شروط إعمال قاعدة عدم جواز نظر الدعوى القضائية لسبق الفصل فيها ، أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل - قانون المرافعات - بند ١٤٣ ، ومايلي ، ص ٢٢٦ ، ومابعدها .

(٤) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المتقدمة .

(٥) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المتقدمة .

(٦) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المتقدمة .

وتتطبق قاعدة منع نظر الدعوى القضائية لسبق الفصل فيها بالنسبة لجميع خصوم الدعوى القضائية السابقة ، وليس المدعى فى الدعوى القضائية فحسب ، أى المدعى عليه ، والمتدخل فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها ، والمختصم فيها ، فى حالات وجودهما . وتطبقا لهذا ، إذا أقام ذات الدعوى القضائية أحد هؤلاء لاستصدار حكم قضائى آخر فيها ، فإنه لايجوز نظرها (١) .

ويقتضى تحقق الإستقرار فى المراكز القانونية ، واحترام القرارات الصادرة من القضاء ، وغيرهما من أهداف حجية الشئ المحكوم به إعمال قاعدة عدم جواز نظر الدعوى القضائية لسبق الفصل فى النزاع على حالات القضاء من المحاكم التابعة لغير الجهة القضائية التى تتبعها المحكمة المعروضة عليها الدعوى القضائية الثانية ، ومن غير المحاكم من الهيئات ذات الاختصاص القضائى (٢) . ونتيجة لذلك ، إذا أقيمت دعوى قضائية أمام محكمة فى جهة القضاء الإدارى مثلا ، وصدر فيها حكما قضائيا ، ثم أقيمت ذات الدعوى القضائية أمام المحاكم العادية ، فلا تكون جائزة ، ويمتنع نظرها لسبق الفصل فيها (٣) ، غير أنه يشترط عندئذ أن يكون الحكم القضائى السابق قد صدر من إحدى محاكم الجهة القضائية المختصة ، ومرجع هذا ، أن الأحكام القضائية الصادرة من جهة مختصة إختصاصا وظيفيا تكون لها حجية أمام الجهات القضائية المختلفة ، باعتبار أنها جميعا تتبع تنظيميا قضائيا واحدا فى دولة واحدة ، وهى التى أسندت مشرعها الوظيفى ولاية الفصل فى المنازعة للجهات القضائية المتعددة (٤) . أما إذا كان الحكم القضائى السابق قد صدر من محكمة غير مختصة إختصاصا وظيفيا - كما لو صدر فى منازعة مدنية من المحاكم الإدارية - فلا يقال بامتناع الدعوى القضائية التالية أمام المحاكم العادية ، وعدم جواز نظرها ، أى الجهة القضائية المختصة ، ومرجع هذا ، أن الحكم القضائى

(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤٢ ، ص ٢٢٥ .

(٣) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

(٤) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

الصادر من محكمة غير مختصة إختصاصا وظيفيا لا يعتد به ، ولاتكون له حجية قضائية أمام المحكمة ، أو الجهة القضائية المختصة إختصاصا وظيفيا ^(١) .

وإذا أقيمت دعوى قضائية بشأن نزاع صدر بشأنه قرارا من هيئة ذات إختصاص قضائي ، فإنه لاتجوز هذه الدعوى القضائية ، ويمتنع نظرها لسبق الفصل فيها . ومرجع هذا ، أن القرارات الصادرة من مثل هذه الهيئات تكون لها حجية قضائية أمام جميع الجهات القضائية ، والمحاكم ، والهيئات ذات الإختصاص القضائي الأخرى ، باعتبار أن المشرع الوضعي هو الذى أسند لها ولاية الفصل فى المنازعة التى صدر فيها القرار ، فينبغى إحترام القرارات التى تصدرها ، بافتراض وحدة النزاع ^(٢) . غير أنه يراعى أن هذه القاعدة لايعمل بها ، وتجوز الدعوى القضائية ، ولاستتبع أمام المحاكم ، رغم القرار السابق إصداره من الهيئات ذات الإختصاص القضائي ، إذا كانت هذه الدعوى القضائية طعنا فى القرار ، وكان المشرع الوضعي يجعل للمحاكم ولاية الفصل فى الطعون المرفوعة ضد هذه القرارات .

وقد يستفق الخصوم على حل النزاع فيما بينهم بالصلح - سواء عن طريق تقديم إتفاقا على الصلح يكون مكتوبا ، لتصدق عليه المحكمة ، أو عن طريق إجراء الصلح بواسطة المحكمة ، فى حضور الخصوم فى الدعوى القضائية ، واتباع الإجراءات المقررة قانونا للصلح - وبالصلح على النزاع ينحسم النزاع بين الخصوم فى الدعوى القضائية ^(٣) ، فإذا جدد أحدهم الدعوى القضائية بشأن هذا النزاع ، أو ظل على دعواه القضائية أمام المحكمة ، رغم الصلح فيها ، لم يكن هذا جائزا ، وللطرف الآخر فى الدعوى القضائية أن يدفع بالصلح ^(٤) . فمقتضى الصلح على النزاع ، هو منع إقامة الدعوى القضائية ، ومنع المحاكم من نظرها . ولهذا ، فهو يتعلق بسلمة الأشخاص فى الإلتجاء إلى القضاء

^(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤٧ ، ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ .

^(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المتقدمة .

^(٣) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤٩ ، ص ٢٣٣ .

^(٤) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المتقدمة .

، وسلطة المحاكم في نظرها ، أى يتعلق بقبول الدعوى القضائية . ومن ثم ، يكون الدفع بالصلح هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية (١) .

ويكون شرط عدم وجود صلحا على النزاع لقبول الدعاى القضائية من تطبيقات شرط المصلحة فيها ، باعتبار أن الخصم الذى يقيم دعوى قضائية أمام المحكمة بشأن النزاع الذى تم الصلح عليه ، ليست له مصلحة فيها ، إذ لا يستفيد من الحكم القضائى له ، ولا يتميز به ، أى أنه ليس فى حاجة إلى الحماية القانونية (٢) ، غير أن هذا الشرط ليس من النظام العام . ونتيجة لذلك ، فإن الدفع بالصلح ليس من النظام العام ، ولا تنقض به المحكمة من تلقاء نفسها ، وإنما يجب التمسك به من أصحاب الشأن ، ولا يجوز التمسك بسبق الصلح على النزاع لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولكن يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، باعتبار أن الدفع بعدم القبول تبدى فى أية حالة تكون عليها الإجراءات ، فإذا دفع بالصلح فى الدعوى القضائية التى أقيمت رغم إتمامه وفقا للقانون الوضعى ، فإن المحكمة لا تنظرها ، ولا تفصل فيها ، وتحكم بعدم قبولها ، وعدم جواز نظرها (٣) .

(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤٩ ، ص ٢٢٣ .

(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ١٩٩٢ - بند ١٤٩ ، ص ٢٢٣ ، ٢٣٤ .

الباب الثانى

الإستثناءات الواردة على قاعدة : " لاتقبل الدعوى القضائية أمام القضاء إلا من صاحب الحق ، أو من ينوب عنه ، وهو مادرج الفقه ، والقضاء على التعبير عنه بشرط الصفة العادية ، والتي تثبت لمن يدعى لنفسه حقا ، أو مركزا قانونيا " قبول بعض الدعاوى القضائية من شخص ، أو هيئة باسمه - فى حالات محددة - دون أن يكون رافعها هو صاحب الحق المعتدى عليه ، أى بالرغم من أنه لايطالب بحق لنفسه ، وإنما لغيره ، دون أن يكون ممثلا قانونيا له " الصفة غير العادية " الصفة الإستثنائية " الحلول الإجرائى " - حسب تعبير الفقه الإيطالى - فى رفع الدعوى القضائية

تمهيد ، وتقسيم :

تثبت الصفة العادية فى رفع الدعوى القضائية لمن يدعى لنفسه حقا ، أو مركزا قانونيا . ويعترف المشرع الوضعى - فى حالات محددة - لشخص ، أو هيئة بالصفة فى رفع الدعوى القضائية باسمه ، بالرغم من أنه لايطالب بحق لنفسه ، وإنما لغيره ، دون أن يكون ممثلا قانونيا له . وبهذا ، يحل هذا الشخص ، أو تلك الهيئة محل صاحب الصفة الأصلية فى حماية الحق ، أو المركز القانونى ^(١) . فالخصم غير العادى هو الذى يباشر الإجراءات بناء على صفة غير عادية فى الدعوى القضائية ، وهذه الصفة لاتقبل إلا بناء على نص تشريعى يعترف بها للشخص بسبب مركز قانونى يكون مرتبطا فى نفاذه بالمركز القانونى للمدعى فى الدعوى القضائية ، ومن أمثلته : الدائن فى الدعوى القضائية غير المباشرة ، حيث يطالب الدائن بحق للمدين ، وذلك لأن حق الدائن يتأثر

(١) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - النفاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٧٩ ، ٨٠ .

فى نفاذه عن طريق الضمان العام للدائنين ، ومثاله أيضا : النقابة التى تطالب بحق فردى للعامل ، بناء على عقد العمل المشترك ، والذى تكون طرفا فيه . وبذلك ، فإن أهم مايميزه أنه لايطالب بحق لنفسه ، وإنما يطالب بحق لغيره ، وهو بذلك يختلف عن الخصم المركب ، فى أنه لايباشر الدعوى القضائية باسم صاحب الحق ، باعتباره ممثلا له ، وإنما يباشرها باسمه ، لما له من صفة غير عادية فى الدعوى القضائية (١) .

ويترتب على اعتبار الخصم غير عادى ، حرمانه من إجراءات التصرف التى تمس الحق الموضوعى ، فلايجوز له التصالح ، أو الإقرار ، أو توجيه اليمين الحاسمة ، أو الذكول عنها ، أو ردها ، رغم أن هذا كله يكون جائزا بالنسبة للخصم العادى (٢) .

ولايجوز الصفة غير العادية " الصفة الإستثنائية " " الحلول الإجرائى " - حسب تعبير الفقه الإيطالى - إلا بنص صريح فى القانون الوضعى يسمح بها (٣) .

وتشبه الصفة غير العادية " الصفة الإستثنائية " " الحلول الإجرائى " - حسب تعبير الفقه الإيطالى - الصفة الإجرائية فى أن شخصا من الغير لايدعى لنفسه حقا يباشر الدعوى القضائية ، إلا أن الفارق بينهما يظل شاسعا ، إذ أن صاحب الصفة غير العادية " الصفة الإستثنائية " " الحلول الإجرائى " - حسب تعبير الفقه الإيطالى - يكون له حق الدعوى القضائية ، ويباشر الدعوى القضائية باسمه ، لا باسم الشخص الآخر ، صاحب الصفة الأصلية . فى حين أن صاحب الصفة الإجرائية ليس له حق الدعوى القضائية أصلا ، وإنما يباشرها باسم من يمثله ، وليس باسمه الخاص (٤) .

وتجيز المادتان (٢٣٥) ، (٢٣٦) من القانون المدنى المصرى لدائن المدين أن يرفع دعوى قضائية للمطالبة بحقوق مدينه ، مع أنه ليست له صفة النيابة عن المدين " الدعوى غير المباشرة " . فالدعوى غير المباشرة هى : الدعوى القضائية التى يرفعها الدائن للمطالبة بحقوق مدينه ، دون أن ينيبه فى ذلك ، فقد فرض المشرع الوضعى المصرى هذه النيابة على المدين فى المادتين (٢٣٥) ، (٢٣٦) من القانون المدنى المصرى ،

١ - أنظر : وجدى راغب فهمى : الإشارة المقدمة .

٢ - أنظر : وجدى راغب فهمى : مبادئ ، ص ٢٣٢ .

(٣) أنظر : محمود محمد هاشم : المرجع السابق ، ص ٨٠ .

(٤) أنظر : محمود محمد هاشم : الإشارة المقدمة .

مراعاة لمصلحة الدائن ضد مدينه ، والذي يقعد - قصدا ، أو إهمالا - عن المطالبة بحقوقه ، فيعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا الأخير ، إلا أنها نيابة من طابع خاص ، إذ هي مقررة لمصلحة النائب " الدائن " . ونيس الأصل ، ومحددة بالهدف منها ، وهو الحفاظ على الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه (١) .

فالدعوى غير المباشرة هي : نظاما قانونيا يجيز للدائن إستعمال حقوق مدينه باسم هذا المدين ، إذا لم يستعملها بنفسه ، وذلك بهدف المحافظة على أموال المدين " التي هي ضمان الدائن " من جراء إهمال المدين في المطالبة بحقوقه ، وهي طريقا تمهيدا للوصول إلى استيفاء الدائن لحقوقه ، إذا أن تقصير المدين ، وقعوده عن استعمال بعض حقوقه ، أو المطالبة بها ، قد يؤدي إلى حرمان الدائن من إمكانية التنفيذ على مال كان يدخل في الضمان العام المقرر له على أموال مدينه ، لو أن المدين كان قد استعمل ماله من حق (٢) .

فيجوز للدائن - عن طريق الدعوى غير المباشرة - أن يستعمل حقوق مدينه ، بما فيها رفع الدعاوى القضائية ، للمطالبة بحقوقه لدى الغير - متى توافرت شروطا معينة - محاولة منه في المحافظة على الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين ، بالرغم من أنه لا يختص بالحق الذي يطالب بحمايته ، إذا ما حكم له به ، وإنما يدخل في ذمة مدينه ، والتي يجوز للدائن بعد ذلك أن يطالب بالتنفيذ على هذا الحق ، ويدخل شريكا مع غيره في اقتسامه .

١ - أنظر : عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، ص ١١٩ ، إسماعيل غانم ، المرجع السابق . ص ١٤٧ .

٢ - أنظر : أوبري ، ورو : المرجع السابق ، بند ١١٢ ، ص ٢٠٤ ، بلايول ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، بند ٢٨٦ ، Aubert : المجلة الفصلية للقانون المدن ، سنة ١٩٦٩ ، رقم ٦٩٢ ، مالورى وانيس - الإلتزامات - ١٩٨٥ ، بند ٦٥٤ ، ص ٤٦٤ ، مصطفى عبد الحميد عدوى : النظرية العامة للإلتزام " أحكام الإلتزام - ١٩٩٥ - بدون دار نشر ، ص ١٢٠ .

فالأصل أن صاحب الحق في الدعوى القضائية هو صاحب الحق الموضوعي ^(١) ، غير أن هناك ثمة حالات منح فيها القانون الوضعي الحق في ممارسة الدعوى القضائية لشخص آخر غير صاحب الحق الموضوعي ، مع احتفاظ صاحب الحق الموضوعي هو أيضا بالحق في ممارسة دعواه القضائية . ويقوم غير صاحب الحق الموضوعي بالدفاع عنه ، بشروط خاصة ، منها : أن هذا الأخير قد أهمل في صيانة حقوقه ، ويتم هذا الدفاع ليس باعتباره نائباً عن الأصل ، وليس باعتباره ممثلاً له . ومن أحله القانون الوضعي في هذه الأحوال يعتبر مخصصاً باسمه الخاص ، ومترافعاً عن حق غيره . ومع ذلك ، فهو يعتبر خصماً أصلياً في الدعوى القضائية ، ومدافعاً عن حق غيره ، ومادام هو كذلك ، فإنه يجب أن تتوفر فيه الأهلية اللازمة للمخاصمة في الدعوى القضائية . وكذلك ، سائر شروط قبول الدعوى القضائية ، من مصلحة ، وصفة ^(٢) ، أما المصلحة ، فنقوم لديه من صيانة حق غيره ، والذي يحقق بصيانتها مصلحة خاصة له ، أو منفعة ذاتية . وتحقق في ذات الوقت الصفة ، والتي تتوفر لدى الخصم المذكور عندئذ بثبوت الصلة الوثيقة القائمة بينه ، وبين صاحب الحق الموضوعي ، والتي تعتبر المبرر القانوني للحلول .

ومن يقوم بالحلول محل غيره كخصم أصلي في الدعوى القضائية ، تكون له جميع حقوق الخصم ، وواجباته ، ويترتب في مواجهته جميع الآثار الإجرائية ، ومنها بالأخص : تحمل النفقات في حالة خسارة الدعوى القضائية ^(٣) .

وبما أن الدعوى القضائية تتعلق بحق موضوعي يعود لغير من حل محل غيره ، كخصم أصلي في الدعوى القضائية ، فإنه لا يمكن أن يقوم فيها بأى عمل يؤدي إلى التصرف في هذا الحق الموضوعي ، كتخليف يمين حاسمة ، أو الإقرار ، أو التنازل ، أو القبول ، أو الصلح ^(٤) . كما أنه في حالة انقضاء الحق الموضوعي لأي سبب من الأسباب ، ينقضي

١ - تظل الصفة قائمة لصاحب الحق الموضوعي حتى بعد حوائته ، كضامن لصحة الحوالة ، أنظر : نبيل إسماعيل عمر : الوسيط ، ص ٣٣٠ .

٢ - أنظر : نبيل إسماعيل عمر : الوسيط ، ص ٣٣٥ .

٣ - أنظر : نبيل إسماعيل عمر : الإشارة المقدمة .

٤ - أنظر : نبيل إسماعيل عمر : الإشارة المقدمة .

الحق في الدعوى القضائية ، والذي يعود ليس فقط لصاحب الحق الموضوعي أن يتدخل في الدعوى القضائية التي أقامها من حل محله . وكذلك ، يمكن إدخاله فيها ، فيصبح طرفاً فيها (١) ، ويكون للحكم القضائي الصادر عندئذ حجية الشيء المقضي به ، في مواجهة من أقامها ، وفي مواجهة صاحب الحق ، حتى ولو لم يتدخل (٢) .

وجميع الحالات التي يظهر فيها المتقاضى كأنه يحل محل غيره ، أو يستخدم مايسميه الفقه : " بالخطول الإجرائي " ماهي إلا حالات يخول فيها القانون الوضعي للشخص صفة إجرائية ، فيتم بها التقاضي لصالح ، ولحساب صاحب الصفة الموضوعية ، والإجرائية الحقيقي ، أي صاحب الحق الموضوعي ، وذلك في حالات استثنائية ، ولاعتبارات خاصة ، يقدرها المشرع الوضعي في كل حالة على حدة (٣) .

وأكثر مايتحقق الخلول محل صاحب الحق في الدعوى القضائية يتم في الدعاوى غير المباشرة ، والمنصوص عليها في المادة (٢٣٥) من القانون المدني المصري (٤) ، وفيها يستعمل الدائن حقوق مدنيه ، باستثناء ماكان منها متعلقاً بالأحوال الشخصية ، ويتم رفع الدعوى القضائية عندئذ باسم من يحل محل صاحب الحق الموضوعي .

١ - أنظر : نبيل إسماعيل عمر : الوسيط ، ص ٣٣٦

٢ - أنظر : نبيل إسماعيل عمر : الإشارة المقدمة .

٣ - أنظر : نبيل إسماعيل عمر : الإشارة المقدمة .

٤ - تنص المادة (٢٣٥) من القانون المدني المصري على أنه :

" (١) لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدنيه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ماكان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز .

" (٢) ولايكون استعمال الدائن لحقوق مدنيه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إغساره أو أن يزيد في هذا الإغسار . ولايشترط إغسار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى " .

كما تنص المادة (٢٣٦) من القانون المدني المصري على أنه :

" يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدنيه نائبا عن هذا المدين ، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضمناً لجميع دائنيه " .

كما يتحقق الحلول أيضا محل صاحب الحق في الدعوى القضائية في دعاوى الشركات التي يرفعها المساهم فرديا . فالأصل أن دعاوى الشركات تقام ممن له صفة في تمثيلها ، أى الشريك ، أو رئيس مجلس إدارتها ، ولكن إذا تقاعس الشريك صاحب الصفة في التمثيل ، أو مدير الشركة عن رفع الدعوى القضائية ، فإن بعضا من القوانين الوضعية قد أجازت لأى شريك الحق في رفع الدعوى القضائية على أعضاء مجلس الإدارة ، وتعتبر هذه حالة من حالات الحلول ، لأن المدعى فيها يستند إلى حق لا يرجع إليه ، بل إلى الشركة ، ولكنه يدعى باسمه الشخصى نيابة عن الشركة ، حيث لاصفة لديه مثلها به وبالنسبة للمسائل المدنية ، فإن المشرع الوضعى المصرى قد اعترف للنيابة العامة - بوصفها النائية عن المجتمع المصرى ، والممثلة له - بالصفة في رفع الدعوى القضائية التى تتعلق بالصالح العام ^(١) ، وبالتدخل - وجوبا ، أو جوازا - فى الدعوى المدنية المرفوعة من غيرها ، لتبدى رأيها فيها " المواد (٨٧) - (٩٦) من قانون المرافعات المصرى " ^(٢) .

وليسرى حكم المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى بعد تعديلها على سلطة النيابة العامة فى رفع الدعوى القضائية ، أو التدخل فيها ، أو الطعن فى الحكم القضائى الصادر فيها ، والأحوال التى يجيز فيها القانون الوضعى المصرى رفع الدعوى القضائية ، أو

١ - كالدعوى بطلب شهر إفلاس تاجر ، طبقا للمادة (٥٥٢) من قانون التجارة المصرى الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ - والمعدل بالقانون الوضعى المصرى رقم (١٦٨) لسنة ٢٠٠٠ - ودعوى حل جمعية من الجمعيات ، طبقا لنص المادة (٦٦) من القانون المدنى المصرى ، وكذلك النيابة العامة لحماية عديمى الأهلية ، ونافسها ، والغائبين ، والمفقودين فى الدعوى القضائية الخاصة بهم ، طبقا للفقرة الأولى من المادة (٨٩) من قانون المرافعات المصرى ، وتدخلها فى الدعوى القضائية المتعلقة بالنظام العام ، أو الآداب ، طبقا للفقرة السادسة من المادة (٨٩) من قانون المرافعات المصرى .

٢ - فى دراسة دور النيابة العامة فى الخصومة المدنية ، أنظر : نجيب بكير : دور النيابة العامة فى قانون المرافعات ، رسالة مقدمة ليل درجة الدكتوراه فى القانون ، لكلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ومطبوعة سنة ١٩٧٤ ، أحمد ماهر زغلول - الموجز - ١٩٩١ - بند ١٢٣ ، ومإيله ، ص ١٩٦ ، ومإيلها ، عاشور مبروك - الوسيط - الكتاب الأول - ص ١٧٣ ، ومإيلها ، أحمد هندى - قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - التنظيم القضائى ، الاختصاص - والدعوى - ١٩٩٥ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية - بند ١٦٣ (ج) ، ص ٥٠٤ ، ٥٠٥ .

الطعن فى الحكم القضائى الصادر فيها ، أو التظلم من غير صاحب الحق . فتنص المادة الثالثة مكرر من قانون المرافعات المصرى ^(١) على أنه :

" لايسرى حكم المادة السابقة ^٢ على سلطة النيابة العامة طبقا للقانون فى رفع الدعوى والتدخل والطعن على أحكامها ، كما لايسرى أيضا على الأحوال التى يجيز فيها القانون رفع الدعوى أو الطعن أو التظلم من غير صاحب الحق فى رفعه حماية لمصلحة شخصية يقررها القانون " .

وتواجه هذه الحالات سلطات النيابة العامة فى التقاضى ، كما تواجه سلطات الممثل القانونى ، أو الإتفاقي للخصوم فى الدعوى القضائية ، ومن ينوب عن غيره فى اتخاذ الإجراءات القضائية - سواء كانت النيابة قضائية ، أم قانونية ، أم اتفاقية .
وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الباب إلى خمسة فصول متتالية ، وذلك على النحو التالى :

الفصل الأول - الإستثناء الأول : الإعتراف للدائن بالحق فى استعمال حقوق مدينه ، بما فيها رفع الدعوى القضائية ، للمطالبة بحقوقه لدى الغير ، متى توافرت شروطا معينة " الدعوى غير المباشرة .

١ - والمضافة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ ، والمنشور بالجريدة الرسمية ، العدد (١٩) مكرر ، فى ١٩٩٦/٥/٢٢ .

٢ - ويقصد بها المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى ، والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ ، والمنشور بالجريدة الرسمية ، العدد (١٩) مكرر ، فى ١٩٩٦/٥/٢٢ . والنقطة تنص على أنه :

" لايقبل أى دعوى كما لايقبل أى طلب أو دفع إستنادا لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر ، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون .

ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند الراجع فيه .

وتقتضى المحكمة من تلقاء نفسها ، فى أى حالة تكون عليها الدعوى ، بعدم القبول فى حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرتين السابقتين .

ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعى بغرامة إجرائية لاتزيد عن خمسمائة جنيه إذا تبين أن المدعى قد أساء استعمال حقه فى التقاضى " .

الفصل الثاني - الإستثناء الثاني : الدعاوى القضائية التي ترفعها النيابة العامة - باعتبارها ممثلة للصالح العام ، وأمانة على مصلحة القانون - في المواد المدنية ، والتجارية ، ومواد الأحوال الشخصية ، دفاعا عن المصالح العامة للمجتمع ، وحفاظا على النظام العام ، والآداب العامة ، في أحوال إستثنائية ، ودورها في حماية المصالح العامة ، أو سلطات النيابة العامة في التقاضي " الصفة في الدعوى القضائية دفاعا عن مصلحة عامة " .

الفصل الثالث - الإستثناء الثالث : دعاوى الحسبة المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية الغراء ، والقانون الوضعي المصري ، ودورها في حماية المصالح العامة " الصفة في الدعوى القضائية دفاعا عن مصلحة عامة " .

الفصل الرابع - الإستثناء الرابع : دعاوى النقابات .

والفصل الخامس - الإستثناء الخامس : دعاوى الجمعيات .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

الفصل الأول

الإستثناء الأول

الإعتراف للدائن بالحق فى استعمال حقوق مدينه ، بما فيها رفع
الدعاوى القضائية ، للمطالبة بحقوقه لدى الغير ، متى توافرت
شروطا معينة " الدعوى غير المباشرة " (١)

تمهيد ، وتقسيم :

قرر المشرع الوضعى بعض الوسائل التى من شأنها المحافظة على الضمان العام المقرر
للدائن على أموال مدينه ، حتى يتم التنفيذ بالفعل ، وهى : الدعوى غير المباشرة ،
الدعوى البوليصية ، دعوى الصورية ، الإعسار القانونى ، والحق فى الحبس ، فتجيز
المادتان (٢٣٥) ، (٢٣٦) من القانون المدنى المصرى لدائن المدين أن يرفع دعوى
قضائية للمطالبة بحقوق مدينه ، مع أنه ليست له صفة النيابة عن المدين " الدعوى غير
المباشرة " . فالدعوى غير المباشرة هى : الدعوى القضائية التى يرفعها الدائن للمطالبة
بحقوق مدينه ، دون أن ينيبه فى ذلك ، فقد فرض المشرع الوضعى المصرى هذه النيابة
على المدين فى المادتين (٢٣٥) ، (٢٣٦) من القانون المدنى المصرى ، مراعاة
لمصلحة الدائن ضد مدينه ، والذي يقعد - قصدا ، أو إهمالا - عن المطالبة بحقوقه .
فيعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا الأخير ، إلا أنها نيابة من طابع
خاص ، إذ هى مقررّة لمصلحة النائب " الدائن " ، وليس الأصل ، ومحددة بالهدف منها
، وهو الحفاظ على الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه (٢) .

١ - فى دراسة النظام القانونى للدعوى غير المباشرة " التعريف بها ، أهميتها ، خة تاريخية ، طبيعتها ،
نطاقها ، شروطها " الشروط المتعلقة بالمدين ، الشروط المتعلقة بالدائن " وآثارها " ، أنظر : مصطفى عبد
الحميد عدوى : النظرية العامة للإلتزام " أحكام الإلتزام - ١٩٩٥ - بدون دار نشر ، ص ١٢٠ ،
ومابعدها .

٢ - أنظر : عبد المستعم البراوى ، المرجع السابق ، ص ١١٩ ، إسماعيل غانم ، المرجع السابق ،
ص ١٤٧ .

فيجوز للدائن - عن طريق الدعوى غير المباشرة - أن يستعمل حقوق مدينه ، بما فيها رفع الدعاوى القضائية ، للمطالبة بحقوقه لدى الغير - متى توافرت شروط معينة - محاولة منه في المحافظة على الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين ، بالرغم من أنه لا يختص بالحق الذي يطالب بحمايته ، إذا ما حكم له به ، وإنما يدخل في ذمة مدينه ، والتي يجوز للدائن بعد ذلك أن يطالب بالتنفيذ على هذا الحق ، ويدخل شريكا مع غيره في اقتسامه .

فالأصل أن صاحب الحق في الدعوى القضائية هو صاحب الحق الموضوعي (١) ، غير أن هناك حالات منح فيها القانون الوضعي الحق في ممارسة الدعوى القضائية لشخص آخر غير صاحب الحق الموضوعي ، مع احتفاظ صاحب الحق الموضوعي هو أيضا بالحق في ممارسة دعواه القضائية . ويقوم غير صاحب الحق الموضوعي بالدفاع عنه ، بشروط خاصة ، منها : أن هذا الأخير قد أهمل في صيانة حقوقه ، ويتم هذا الدفاع ليس باعتباره نائباً عن الأصل ، وليس باعتباره ممثلاً له . ومن أحله القانون الوضعي في هذه الأحوال يعتبر مخصصاً باسمه الخاص ، ومترفعاً عن حق غيره . ومع ذلك ، فهو يعتبر خصماً أصلياً في الدعوى القضائية ، ومدافعاً عن حق غيره ، ومادام هو كذلك ، فإنه يجب أن تتوفر فيه الأهلية اللازمة للمخاصمة في الدعوى القضائية . وكذلك ، سائر شروط قبول الدعوى القضائية ، من مصلحة ، وصفة (٢) ، أما المصلحة ، فتقوم لديه من صيانة حق غيره ، والذي يحقق بصيانته مصلحة خاصة له ، أو منفعة ذاتية . وتتحقق في ذات الوقت الصفة ، والتي تتوفر لدى الخصم المذكور عندئذ بثبوت الصلة الوثيقة القائمة بينه ، وبين صاحب الحق الموضوعي ، والتي تعتبر المبرر القانوني للحلول . وتمهيداً للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى ستة مباحث متتالية ، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : فكرة الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين ، وأساسها .

١ - تظل الصفة قائمة لصاحب الحق الموضوعي حتى بعد حوالته ، كضامن لصحة الحوالة ، أنظر : نبيل إسماعيل عمر : الوسيط ، ص ٣٣٠ .

٢ - أنظر : نبيل إسماعيل عمر : الوسيط ، ص ٣٣٥ .

المبحث الثاني : تعريف الدعوى غير المباشرة ، أهميتها ، وبيان طبيعتها .

المبحث الثالث : نطاق الدعوى غير المباشرة .

المبحث الرابع : شروط الدعوى غير المباشرة .

المبحث الخامس : آثار الدعوى غير المباشرة .

المبحث السادس : الفارق بين الدعوى غير المباشرة ، والدعوى المباشرة .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

المبحث الأول

فكرة الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين ، وأساسها

تمهيد ، وتقسيم :

أموال المدين هي الضمان العام للدائنين ، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان العام ، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون الوضعي . فأموال المدين جميعها تكون ضامنة للوفاء بديونه ، فيكون للدائن أن يحصل على حقه بالتفويض على أى مال من أموال المدين ، شريطة أن يكون المال محل التنفيذ مملوكاً للمدين وقت التنفيذ ، ولا يمنع من هذا التنفيذ سوى أن يكون هناك شرطاً يمنع المدين من التصرف في هذا المال ، وقت أن آل إليه ، أو أن يكون المشرع الوضعي قد حظر الحجز على مال معين . والضمان العام يكون مقرراً لجميع الدائنين ، فيكون الدائنون على قدم المساواة في التنفيذ بحقوقهم على أموال المدين ، مالم يكن لأحدهم ضماناً خاصاً يمنحه أولوية في استيفاء دينه " رهناً ، إختصاصاً ، إمتيازاً " ، وتظهر أهمية ذلك في الحالة التي لا تكفى فيها أموال المدين للوفاء بديونه ، فتقسم بينهم قسمة غرماء - أى بنسبة حصة كل منهم في الدين .

وقد قرر المشرع الوضعي بعض الوسائل التي من شأنها المحافظة على الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه ، حتى يتم التنفيذ بالفعل ، وهي : الدعوى غير المباشرة ، الدعوى البوليصية ، دعوى الصورية ، الإعسار القانوني ، والحق في الحبس .

وتمهيداً للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : فكرة الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين .

والمطلب الثاني : أساس فكرة الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

المطلب الأول

فكرة الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين

كان القانون الروماني قد أجاز التنفيذ على شخص المدين ، وبدنه . فالمدين الذي لا يفي بالتزامه لا يستحق في نظرهم شفقة ، ولا رحمة . فيبدأ بمنح المدين أجلا للوفاء ، حتى إذا انتهى ذلك الأجل ، أمر القاضي باتخاذ إجراءات معينة ، تنتهي باسترقاق المدين ، وتسليمه للدائنين ، فيصبح مملوكا لهم ، ويكون لهم الحق في قتله ، وتقسيمة إربا فيما بينهم . وقد تطور الأمر ، وتبدلت تلك القواعد غير الإنسانية ، واكتفى بسجن المدين ، وتشغيله لحساب الدائنين مدة من الزمن تعادل التزامه .

وفى نهاية القرن السادس من وجود روما ، ظهرت طريقة جديدة للتنفيذ ، تتمثل في صدور أمر قضائي بالإستيلاء على أموال المدين ، وبيعها بواسطة مصف ، يشبه ما يقوم به السنديك الآن ، وقد اعتبرت هذه الوسيلة بمثابة عقوبة لعدم الوفاء ، تمنع من التعامل مع المدين ، نظرا لما لحق به من عار .

وبعد سقوط الدولة الرومانية ، عادت العقوبات الجسمانية مرة أخرى ، كالجلد ، الحبس ، عقوبة الطرد من الكنيسة ^(١) .

ومع بداية القرن الثالث عشر ، إكتفى بحبس المدين ، وبيع أمواله المنقولة ، ثم سمح ببيع العقارات بعد ذلك ^(٢) .

وقد أقر قانون نابليون " الصادر سنة (١٨٠٤) " مبدأ العقاب الجسماني ضد المدين المعسر ، وحددت حالات الإكراه البدني في المسائل المدنية ، في الباب السادس عشر من الكتاب الثالث " المواد (٢٠٥٩) - (٢٠٧٠) " . وبصدور قانون (٢٢) يولية سنة ١٨٦٧ ، ألغى نظام الإكراه البدني في فرنسا ، بالنسبة للمسائل المدنية ، إلا في بعض نصوص إستثنائية ^(٣) .

١ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : النظرية العامة للإلتزام " أحكام الإلتزام - طبعة سنة ١٩٩٥ - بدون دار نشر ، ص ١١٦ .

٢ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١١٧ .

٣ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : الإشارة المقدمة .

وكان المصريون القدماء أول من قرر في القرن الثامن قبل الميلاد القاعدة التي تقضى بأن حقوق الدائنين تنصب على أموال المدين ، دون شخصه " قانون العقود في عهد بوكوريمس " . وأصدر أشيل قانونا يحرم الربا إلا بشروط خاصة ، فإذا مات المقرض ، ولم يف بالدين ، قضى بعدم دفن الجثة ، ومنع إقامة أى إحتفال دينى ، حتى يقوم الورثة بدفع الدين الذى فى ذمة مورثهم (١) .

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء فيما يتعلق بالتنفيذ على المدين الممتنع عن الوفاء بالتزامه . فرأى الإمامان / مالك ، والشافعى - رضى الله تعالى عنهما - أن للمحاكم بيع مال المدين ، وينصف منه غرماءه ، إن كان مليئا ، أو يحكم عليه بالإفلاس ، إن لم يف ماله بديونه ، ويحجر عليه . بينما رأى آخرون بحبس المدين ، حتى يعطى الدائنين بيده ماعليه (٢) .

وكانت المادة (٦٧٩/٥٥٥) من القانون المدنى المصرى الملغى تنص على أنه :
 " يجوز للدائنين العاديين أن يستوفوا ديونهم من جميع أموال مدينهم لكن مع مراعاة الإجراءات المقررة فى القانون " ، وهو ماقرره المشرع الوضعى الفرنسى فى المادة (٢٠٩٢) من القانون المدنى الفرنسى ، والتي تنص على أنه :
 " كل من التزم شخصا يجب عليه الوفاء بالتزامه وجميع أموال منقولة كانت أم عقارية حاضرة أو مستقبلية ضامنة " .

كما نصت المادة (٢٠٩٣) من القانون المدنى الفرنسى على أنه :
 " أموال المدين هى الضمان العام للدائنين " .
 وتنص المادة (٢٣٤) من القانون المدنى المصرى على أنه :
 ١ - أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .
 ٢ - وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان العام ، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون " .

١ - أنظر : أحمد فصحى زغلول : شرح القانون المدنى ، ص ٢٨١ .

٢ - أنظر : ابن رشد : بداية المجتهد ، ونهاية المقتصد _ ٢ - ص ٢٣٨ .

ويتعرض الدائنين العاديين لنوعين من المخاطر تهدد ضمانهم العام ، وهما :

النوع الأول - إهمال المدين لحقوقه ، وتصرفاته الضارة بهم :

إذ أن المدين لا يحرم - كقاعدة - من الإستمرار فى معاملاته ، أو التصرف فى ماله ، فالعبرة بالأموال المملوكة للمدين وقت التنفيذ . بمعنى ، أنه يتمتع على الدائن التنفيذ على مال كان مملوكا للمدين وقت نشأة الدين ، وتصرف فيه المدين قبل التنفيذ .

والنوع الثانى : خطر مزاحمة الدائنين الآخرين :

لذلك ، فقد قرر المشرع الوضعى بعض الوسائل التى من شأنها المحافظة على الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه ، حتى يتم التنفيذ بالفعل ، وهى : الدعوى غير المباشرة ، الدعوى البوليصية ، دعوى الصورية ، الإعسار القانونى ، والحق فى الحبس (١) .

١ - فى بيان سائل المحافظة على حقوق الدائنين فى التنفيذ " الدعوى غير المباشرة ، الدعوى البوليصية ، دعوى الصورية ، الإعسار القانونى ، الحق فى الحبس " ، أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١١٦ ، وما بعدها .

والمطلب الثانى

أساس فكرة الضمان العام

المقرر للدائن على أموال المدين

تؤسس فكرة الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين على أمرين ، وهما (١) :
 الأمر الأول : أن أموال المدين جميعها تكون ضامنة للوفاء بديونه ، فيكون للدائن أن يحصل على حقه بالتنفيذ على أى مال من أموال المدين ، شريطة أن يكون المال محل التنفيذ مملوكا للمدين وقت التنفيذ ، ولا يمنع من هذا التنفيذ سوى أن يكون هناك شرطا يمنع المدين من التصرف فى هذا المال ، وقت أن آل إليه ، أو أن يكون المشرع الوضعى قد حظر الحجز على مال معين - كقراش المدين ، وثيابه " المادة (٣٠٥) من قانون المرافعات المصرى " (٢) .

والأمر الثانى : أن الضمان العام يكون مقرا لجميع الدائنين ، فيكون الدائنون على قدم المساواة فى التنفيذ بحقوقهم على أموال المدين ، ما لم يكن لأحدهم ضمنا خاصا يمنحه أولوية فى استيفاء دينه " رهنا ، إختصاصا ، إمتيازاً " ، وتظهر أهمية ذلك فى الحالة التى لا تكفى فيها أموال المدين للوفاء بديونه ، فتقسم بينهم قسمة غراما - أى بنسبة حصة كل منهم فى الدين .

١ - أنظر - مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١١٨ ، ١١٩ .

٢ - والى تنص على أنه

" لا يجوز إحتجز على ما يوزم المدين ووجه وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه فى معيشة واحدة من القراش والثياب وكذلك ما يلزمهم من الغذاء لمدة شهر " .

المبحث الثاني

تعريف الدعوى غير المباشرة

وبيان طبيعتها

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين ،
وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : تعريف الدعوى غير المباشرة .

والمطلب الثاني : طبيعة الدعوى غير المباشرة .

وإني أقصص كل هذه المسائل :

المطلب الأول

تعريف الدعوى غير المباشرة

تجيز المادتان (٢٣٥) ، (٢٣٦) من القانون المدنى المصرى لدائن المدين أن يرفع دعوى قضائية للمطالبة بحقوق مدينه ، مع أنه ليست له صفة النيابة عن المدين ، فتتص المادة (٢٣٥) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ١ - لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلا بشخصه أو غير قابل للحجز .

(٢) ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن الدائن لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إضراراً أو أن يزيد فى هذا الإضرار . ولا يشترط إعداؤ المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إنقضاء حقه فى الدعوى " .

كما تنص المادة (٢٣٦) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين ، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه " .

ومفاد النصوص المتقدمه ، أن الدعوى غير المباشرة هى : الدعوى القضائية التى يرفعها الدائن للمطالبة بحقوق مدينه ، دون أن يبينه فى ذلك ، فقد فرض المشرع الوضعى المصرى هذه النيابة على المدين فى المادتين (٢٣٥) ، (٢٣٦) من القانون المدنى المصرى ، مراعاة لمصلحة الدائن ضد مدينه ، والذى يقعد - قصداً ، أو إهمالاً - عن المطالبة بحقوقه . فالدعوى غير المباشرة هى : نظاماً قانونياً يجيز للدائن استعمال حقوق مدينه باسم هذا المدين ، إذا لم يستعملها بنفسه ، وذلك بهدف المحافظة على أموال المدين " التى هى ضمان الدائن " من جراء إهمال المدين فى المطالبة بحقوقه ، وبمى طريقاً تمهيدياً للوصول إلى استيفاء الدائن لحقوقه ، إذا أن تقصير المدين ، وقعوده عن استعمال بعض حقوقه ، أو المطالبة بها ، قد يودى إلى حرمان الدائن من إمكانية التنفيذ

على مال كان يدخل في الضمان العام المقرر له على أموال مدينه ، لو أن المدين كان قد استعمل ماله من حق (١) .

ويجوز للدائن - عن طريق الدعوى غير المباشرة - أن يستعمل حقوق مدينه ، بما فيها رفع الدعاوى القضائية ، للمطالبة بحقوقه لدى الغير - متى توافرت شروطا معينة - محاولة منه في المحافظة على الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين ، بالرغم من أنه لا يختص بالحق الذي يطالب بحمايته ، إذا ما حكم له به ، وإنما يدخل في ذمة مدينه ، والتي يجوز للدائن بعد ذلك أن يطالب بالتنفيذ على هذا الحق ، ويدخل شريكا مع غيره في اقتسامه .

وغالبا ما يتم المطالبة بحقوق المدين عن طريق الدعوى القضائية التي يرفعها الدائن على مدين المدين ، باسم المدين ، على أنه في كثير من الحالات قد يستعمل الدائن حق مدينه ، دون حاجة إلى رفع دعوى قضائية ، كما لو طعن في حكم قضائي صادر في دعوى قضائية ضد مدينه ، أو قام بتسجيل عقد ، كان المدين قد اشترى بمقتضاه عقارا . ولذلك ، فقد استعمل المشرع الوضعي الفرنسي عبارة : " الحقوق ، و الدعاوى " **Les droits** **Les et actions** " المادة (١١٦٦) من القانون المدني الفرنسي " . أما المشرع الوضعي المصري ، فقد ذكر عبارة : " الحقوق " ، ولم يذكر عبارة : " الدعاوى " ، باعتبار أن الحقوق تكون أعم ، وأشمل " المادة (٢٣٥) من القانون المدني المصري " . ومع ذلك ، يرى جانب من الفقه ضرورة الإبقاء على عبارة " الدعوى غير المباشرة " لشيوعه ، على ألا يؤخذ بمعناه الحرفي ، وكما يقال : " الخطأ الشائع خير من الصواب المهجور " (٢) .

وتعود فكرة استعمال الدائن لحقوق مدينه إلى القانون الروماني ، حيث كان قد اشترط أن يكون بيد الدائن سنداً واجباً للتنفيذ ، وكان الدائن يعين مضمياً لأموال المدين المعسر ، ثم توزع هذه الأموال بين الغرماء . ونقل علماء القانون الفرنسي القديم الفكرة نفسها ، ثم ضمنها المشرع الوضعي الفرنسي قانون نابليون ، والصادر في سنة (١٨٠٤) ، وذلك في المادة (١١٦٦) من القانون المدني الفرنسي ، إلا أنه قد غير من بعض أحكامها .

١ - أنظر : أوبري ، ورو : المرجع السابق ، بند ١١٢ ، ص ٢٠٤ ، بلانويل ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، بند ٢٨٦ ، Aubert : المجلة الفصلية للقانون المدني ، سنة ١٩٦٩ ، رقم ٦٩٢ ، مصطفى عبد الحميد عدوى : النظرية العامة للإلتزام - أحكام الإلتزام - ١٩٩٥ - بدون دار نشر ، ص ١٢٠ .

٢ - أنظر : إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ ، وفارب : مالوري ، المرجع السابق ، ص ٤٦٦

• قد اخذ القانون المدني المصري السابق ما كان معمولاً به في القانون الوضعي الفرنسي ،
 إذ نصت المادة (٢٠٢/١٤٦) منه على أنه :
 " لا تترتب على المشاركات منقعة لغير عاقدتها إلا لمدائني العاقد فاته يجوز لهم
 بمقتضى مالهم من الحق على عموم أموال مدبتهم أن يقيموا باسمه الدعاوى التي تنشأ
 من مشاركتاته ، أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ماعدا الدعاوى الخاصة
 بشخصه " .

وقد أعاد التقنين المدني المصري الحالي النص على ذات الحكم ، وإن ظهر النص الجديد
 أكثر دقة ، وأوسع تفصيلاً عن سابقه " المادتان (٢٣٥) ، (٢٣٦) " ؛

والمطلب الثالث

طبيعة الدعوى غير المباشرة (١)

لختلف الشراح في بيان طبيعة السلطة المقررة للدائن في استعمال حقوق مدينه ، ويمكن رد هذا الخلاف إلى اتجاهات ثلاثة :

الاتجاه الأول :

ويشبه أنصاره سلطة الدائن بعمل من أعمال التنفيذ ، أى الحجز على مال المدين ، ويترتب على ذلك ، ضرورة أن يكون الدين مستحقا ، حالا ، وقابلا للتنفيذ . وقد انتقد هذا الاتجاه على اعتبار أن الدائن عندما يستعمل حقوق مدينه لا يقوم بالتنفيذ مباشرة على أموال مدينه .

الاتجاه الثانى : ويعتبر أصحابه أن استعمال الدائن حقوق مدينه لا يخرج عن كونه إجراء تحفظيا ، إذ أن الدائن لا يحصل على الحق لنفسه ، وإنما يردّه إلى المدين ، وينفذ عليه بين يدي الأخير ، عند إستحقاق الدين .

والإتجاه الثالث : ويذهب - ويحق - إلى القول بأن سلطة الدائن هي نتيجة منطقية للقاعدة العامة التي تقرر أن أموال المدين جميعا ضامنة للوفاء بديونه ، ولأحاجة لتشبيه إستعمال الدائن حق مدينه بحق آخر ، أو إجراء آخر (٢) ، على اعتبار أن الدعوى غير المباشرة هي نظاما قانونيا مستقلا ، يرد إلى فكرة الضمان العام ، ويتفرع عنها ، ولأحل لإجهاد الفكر في تشبيه هذا النظام بنظام قانونى آخر .

١ - في دراسة طبيعة الدعوى غير المباشرة ، أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٢٣ ، ١٢٤ .

٢ - أنظر : بودرى ، وبارد : المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٥٨٩ ، مازو : الإلتزامات ، النظرية العامة ، سنة ١٩٧٨ ، بند ٩٥٨ ، هنرى رولاند ، ولارنت بويه : الإلتزامات ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٨٦ ، بند ٢٣٠١ ، ص ٤٣٣ ، عبد الرزاق أحمد السنهورى : المرجع السابق ، ص ١٢٣٤ .

المبحث الثالث**نطاق الدعوى غير المباشرة**

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول : الحقوق ، والدعاوى التى يجوز للدائن إستعمالها باسم المدين .

والمطلب الثانى : الحقوق ، والدعاوى التى لايجوز للدائن إستعمالها باسم المدين .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

المطلب الأول

الحقوق ، والدعاوى التى يجوز
للدائن إستعمالها باسم المدين

تنص المادة (١/٢٣٥) من القانون المدنى المصرى على أنه
" لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا
المدين ، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز " .
ولم يذكر المشرع الوضعى المصرى لفظ : " الدعاوى " ، كما فعل المشرع المصرى
الفرنسى ، على اعتبار أن الحقوق تكون أعم ، وأشمل ، وأن هدف الدعوى القضائية هو
حماية الحق ، والدفاع عنه ، إذ يمكن للدائن - كقاعدة - أن يستعمل جميع حقوق ،
ودعاوى مدينه ، إلا فى أحوال خاصة . وعلى ذلك ، يجوز للدائن إستعمال الدعاوى
القضائية الخاصة بأموال المدين - كدعوى فسخ البيع ، لعدم دفع الثمن ، ودعوى
الإسترداد ، ودعوى نقص القسمة للغير (١) ، ودعوى خفض الديون المبالغ فيها (٢)
- كما يمكنه إتخاذ جميع الإجراءات اللازمة للمحافظة على مال المدين - كتجديد قيد
الرهن ، وطلب وضع الأختام . وجرى البضائع . يقطع سريان مضى حصة (٣) كذلك
، يجوز للدائن أن يستأنف ، أو يضمن فى الأحكام القضائية الصادرة فى دعواه نصائية
ضد مدينه (٤) .

١ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٢٤ ، ١٢٥ .
وانظر أيضا :

Civ , 22 Jan 1980 , Bull . Civ , I N 32 . D . 1980 , I R , 400 , Note : D
. MARTIN .

٢ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٢٥ .
وانظر أيضا :

Civ , 20 Oct . 1982 , D . 1983 , 120 , Note : RENY .

٣ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : الإشاعة المتقدمة

(٣) أنظر : بلايول ، المرجع السابق ، الجزء الثانى ، ص ٢٨٢ - ١ .

ويرى جانب من الفقه أنه ليس للدائن استعمال الدعوى غير المباشرة ، سعياً لاكتساب حقوق جديدة للمدين ، وإنما يقتصر ذلك على الحقوق السابق إكتسابها ^(١) .
ولاتعلق سلطة الدائن في استعمال حقوق مدينه بالنظام العام ، ويترتب على ذلك النتائج الآتية ^(٢) :

النتيجة الأولى : جواز الإتفاق بين الدائن ، والمدين على منع الأول من مباشرة حقا كان يمكنه إستعماله .

والنتيجة الثانية - للدائن أن ينزل عن استعمال حقه في مباشرة الدعوى غير المباشرة :

على أنه لايجوز الإتفاق بين المدين ، والغير على اعتبار حقه قبله من الحقوق المتصلة بشخصه ، والتي لايجوز لدائنيه إستعمالها بالنيابة عنه ، فلايؤثر هذا الإتفاق على حق الدائن في استعمال حقوق مدينه ، بطريق الدعوى غير المباشرة ^(٣) .

١ - أنظر : مالورى وانيس : المرجع السابق ، بند ٦٥٥ ، ص ٤٦٦ .

٢ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : الإشارة المتقدمة .

٣ - أنظر : إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ ، عبد النعم البدروى ، المرجع السابق ، بند ١٠٠ ، ص ١٢٠ .

المطلب الثانى

الحقوق ، والدعاوى التى لايجوز
للدائن إستعمالها باسم المدين

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المطلب إلى خمسة فروع متتالية ، وذلك
على النحو التالى :

الفرع الأول - أولا : الحقوق غير المالية .

الفرع الثانى - ثانيا : الحقوق التى تتعلق بشخصية المدين ، سمعته ، واعتباره .

الفرع الثالث - ثالثا : الحقوق المالية التى تمس حياة المدين الأدبية .

الفرع الرابع - رابعا : الحقوق التى تمس حرية المدين فى تصرف شئونه .

والفرع الخامس - خامسا - الحقوق غير القابلة للحجز .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

الفرع الأول أولا الحقوق غير المالية

لاتدخل الحقوق غير المالية في الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه . ومن ثم ، لا تكون هناك مصلحة للدائن في المطالبة بها - كحقوق الأبوة ، الوصاية ، الطلاق ، والنسب ، وكافة الحقوق ، والدعاوى القضائية المتعلقة بالحالة المدنية للشخص (١) - والعبرة بمصدر الحق ، وأصله ، إذ قد يحصل أن يكون للحق أثرا ظاهرا على أموال المدين ، أى يؤدي إلى نتائج مالية - كتبوت نسب لمدن إلى رجل مث ثريا (٢) .

١ - أنظر : رولاند ، بوايه ، المرجع السابق ، بند ٢٣١٤ ، ص ٨٣٩ ، مصطفى عبد الحسيب عدوى : المرجع السابق ، ص ١٢٦ .

وانظر أيضا : نقض مدني فرنسي - جلسة ١٩٦٣ / ٦ / ٨ - دالوز ١٩٦٤ - ٧١٣ ، ملاحظات Lemand - الأسبوع القانوني - ١٩٦٥ - ٢ - ١٤٠٨٧ ، ملاحظات Savatier ، ١١ / ٢٣ ، ١٩٨٢ / الجازيت - ١٩٨٤ - ١ - ١٥٧ - ملاحظات Veron .

٢ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : الإشارة المقدمة .

الفرع الثاني

ثانيا

الحقوق التي تتعلق بشخصية

المدين . سمعته ، واعتباره

كالمطالبة بتعويض عن جريمة وقعت على المدين ، إذا كان من شأن ذلك تناول النحت
فسي شخصية المدين ، والخوض في عرضه ، وشرفه ، فإذا فضل المدين عدم مباشرة
دعوى التعويض ، لم يكن عندئذ مهملًا في المطالبة بحقوقه (١)

١ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : الإشارة المتقدم .

وانظر أيضا : حكم محكمة تولوز - جلسة ١٩٣٨ / ٣ / ٤ - دابوز الإغادي ١٤٩١ - ٢٨ ، نقض

تجاري فرنسي - جلسة ١٩٧٨ / ٤ / ٢٨ - ٥٦٢ - تعليق Dema .

الفرع الثالث

ثالثا

الحقوق المالية التي تمس حياة المدين الأدبية

كالحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، وحق الواهب في الرجوع في هبته ، لعذر مقبول " المادة (٥٠٠) من القانون المدني المصري " .
وتكمن علة إخراج الحقوق المالية التي تمس حياة المدين الأدبية من نطاق الدعوى غير المباشرة ، في أن المطالبة بحق من هذه الحقوق إنما تقوم على اعتبارات لا يقرها سب نـ .
المدين شخصيا (١) .

١ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٢٧ .

الفرع الرابع

رابعاً

الحقوق التي تمس حرية المدين في تصريف شؤونه

كحق المدين في إدارة أمواله ، أو بيع المحاصيل ، أو إيجار عقاره . فليس للدائن أن يطالب بإلغاء عقد الإيجار الذي أبرمه مدينه ، لكي يبرم عقداً آخر بأجرة أعلى ^(١) ، أو السندرع بسوء إدارة المدين لأمواله ، والمطالبة بنزع الإدارة منه ، أو قبول الدائن إيجاباً بصفقة ، مهما كانت رابحة ^(٢) .

ويقال في تبرير إخراج الحقوق التي تمس حرية المدين في تصريف شؤونه من نطاق الدعوى غير المباشرة أنها ليست حقوقاً ، وإنما مجرد رخصاً ، لاشأن للدائن في استعمالها ، ويؤدي السماح للدائن باستعمالها إلى سلب المدين حريته في تصريف شؤونه ، وإخضاعه لنوع من الوصاية ^(٣) .

١ - أنظر : حكم محكمة Douai - جلسة ١١/١٣/١٨٥٢ - دالوز ١٨٥٦ - ٢ - ٢١ .

٢ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٢٧ .
وانظر أيضاً : نقض فرنسي - جلسة ١٨٧٨/٣/٦ - ١ - ٣١٦ ، ١٨/١٠/١٩١٠ - دالوز
الدوري - ١٩١٢ - ١ - ٢٣٣ .

٣ - أنظر : هنري رولاند ، بوايه ، المرجع السابق ، بند ٢٣١٢ ، إسماعيل غانم ، المرجع السابق ،
ص ١٥٤ .

والفرع الخامس

خامسا

الحقوق غير القابلة للحجز

تكمّن علة إخراج الحقوق غير القابلة للحجز من نطاق الدعوى غير المباشرة ، إلى انتفاء مصلحة الدائن في المطالبة بها ، لأنه ليس له التنفيذ عليها . ومن ثم ، لا تدخل في الضمان العام المقرر له على أموال مدينه . وعلى ذلك ، فليس للدائن أن يطالب بنفقة نيابة عن المدير ، إذ لا يجوز الحجز على النفقة ، بالنظر إلى أهميتها في توفير الملبس ، والمأكل ، والممكن لدى مستحقها (١) .

ومن أمثلة الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها في القانون الوضعي الفرنسي : معاش التقاعد ، دين النفقة ، التعويض عن حوادث العمل (٢) .

١ - انظر مصطفى عبد الحميد عدوى . المرجع السابق ، ص ١٢٨

٢ - انظر رولاند ، بوايه . المرجع السابق ، بند ٢٣١٦ ، ص ٨٣٩

المبحث الرابع

شروط الدعوى غير المباشرة

نقسم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول - أولا : الشروط المتعلقة بالمدين .

المطلب الثاني - ثانيا : الشروط المتعلقة بالدائن .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :



المطلب الأول

أولا

الشروط المتعلقة بالمدين

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع متتالية ، وذلك على النحو التالي

الفرع الأول - الشرط الأول : تفسير المدين .

الفرع الثاني - الشرط الثاني - الإعسر .

والفرع الثالث - الشرط الثالث - إدخال المدين خصما في الدعوى القضائية .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

الفرع الأول

الشرط الأول

تقصير المدين

لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق " المادة (٢/٢٣٥) من القانون المدني المصري " . وعلى ذلك ، إذا ثبت أن المدين لم يكن مهملًا في استعمال حقوقه - كما لو رفع بحقه دعوى أمام القضاء (١) - لم يجز للدائن استعمال هذا الحق نيابة عنه .

ويكفى أن يستعمل المدين هذا الحق ، ولو لم يظهر إهتمامًا كافيا (٢) . وإذا خشي الدائن أن يتواطأ المدين مع الخصم الآخر ، جاز للدائن أن يدخل خصما في الدعوى القضائية (٣) .

ولا يتوافر الإهمال لمجرد تأخر المدين في المطالبة بالحق (٤) .

ويقع عبء إثبات تقصير المدين في استعمال حقه على عاتق الدائن ، وللمدين أن يثبت أنه قد استعمل حقه ، أو أنه لم يهمل في استعماله ، أو في الدفاع عنه ، فإن نجح في ذلك ، لم تكن دعوى الدائن مقبولة (٥) .

١ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ٢٨ ، ١٢٩ .
وانظر أيضا : نقض مدني فرنسي - الدائرة الثالثة - جلسة ١٩٦٨ / ٣ / ٦ - بلتان المدني - ٣ - رقم (٨٧) ، ص ٧٠ .

٢ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٢٩ .

٣ - أنظر : بودري ، يارو ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، بند ٦٢٨ ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٢٤٤ ، إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ .
وانظر أيضا : حكم محكمة أميان - جلسة ١٩٠٦ / ٨ / ٦ - دالوز الدوري ١٩٠٣ - ٢ - ٢١ .

٤ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : الإشارة المقدمة ، ص ١٢٩ .
وانظر أيضا : نقض مدني فرنسي - جلسة ١٨٨٦ / ٤ / ١٤ - دالوز الدوري ١٨٨٦ - ١ - ٢٢٠ ، ١٩١٥ / ٧ / ١٣ - دالوز الدوري - ١٩٢١ - ١ - ٢٩ .

٥ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : الإشارة المقدمة .

وانظر أيضا نقض تجارى فرنسى ، جلسة ١٩٥٦ / ٣ / ٦ ، الأسبوع القانون ١٩٥٦ - ٢ - ٩٣٧٤

الفرع الثانى

الشرط الثانى

الإعسار

يتعين على الدائن أن يثبت أن عدم استعمال المدين لحقوقه من شأنه أن يسبب إعساره ، أو يزيد فى هذا الإعسار " المادة (٢/٢٣٥) من القانون المدنى المصرى " . والإعسار المقصود هنا هو الإعسار الفعلى ، أى زيادة ديون المدين على حقوقه ، وليس الإعسار القانونى ، والذي يستوجب صدور حكما قضائيا بشهره (١) .

ولا يشترط أن يكون الحق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه مساويا ، أو معادلا للدين الأصلي ، إذ يستوى أن يكون كافيا للوفاء بحق الدائن ، أو بجزء منه (٢) . كما لا يشترط أن تكون الديون المستحقة وحدها هى التى تزيد على حقوقه ، إذ ينظر إلى كافة الديون - ما استحق منها ، وما لم يستحق - فمن المتصور أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، وكانت أموال المدين تكفى للوفاء به ، ومع ذلك ، خشى الدائن أن تحل الديون الأخرى قبل أن يفرغ من إجراءات التنفيذ ، لاستيفاء حقه ، فيشاركه من حلت ديونهم فى التنفيذ على هذا المال . ومن ثم ، تبدو مصلحته فى أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة ، توكيا لهذا الخطر (٣) ، وما ذلك إلا تطبيقا لشرط إعسار المدين ، أو زيادة إعساره ، إذ يكون

١ - أنظر : مازو ، النظرية العامة ، ١٩٧٨ ، بند ٩٥٨ ، عبد الزقاق أحمد السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٢٤٢ .

٢ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٣٠ .
وانظر أيضا : نقض مدني فرنسي - الدائرة الأولى - جلسة ١٧/٥/١٩٨٢ - الجازيت باليه - ١٩٨٢ - بانوراما - ٢ - ٣٠١ .

٣ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٣٠ ، ١٣١ .
وانظر أيضا : نقض مدني فرنسي - جلسة ٤/١٢/١٩٨٤ - الأسبوع القانوني - ١٩٨٥ - ص ٥٧ ، بلتان المدني - ٣ - ٢٣٠ ، تعليق Mestre .

على الدائن أن يقيم الدليل على أن إجحام المدين عن استعمال حقه من شأنه أن يسبب إعساره ، وهذا هو وجه المصلحة في الدعوى غير المباشرة (١) .

ويرى جانب من الفقه أن هناك أحوالا لا يكون فيها المدين معسرا ، وتحقق مع ذلك مصلحة الدائن في أن يستعمل حقه عنه . وينتهي إلى أن الشرط الجوهرى للإلتجاء إلى الدعوى غير المباشرة هو وجود مصلحة مشروعة للدائن ، وأن شرط الإعسار ليس مقصودا لذاته ، وأنه إذا كان المشرع الوضعى المصرى قد نص عليه في المادة (٢/٢٣٥) من القانون المدنى المصرى ، فما ذلك إلا أخذا بالغالب ، فمصلحة الدائن تتحقق غالبا في حالة إعسار المدين ، ويضيف أنه يتعين إتباع التفسير ذاته في تحديد المقصود بشرط الإعسار في الدعوى البوليصية (٢) .

بينما يرى جانب آخر من الفقه أنه يجب التفرقة بين الحق المراد إستعماله ، وبين النتيجة المترتبة على إجحام المدين عن استعمال هذا الحق ، فيشترط طبقا لنص المادة (٢/٢٣٥) من القانون المدنى المصرى أن يترتب على إهمال المدين إعساره ، أو زيادة هذا الإعسار ، وهذا هو وجه مصلحة الدائن في الإلتجاء إلى الدعوى غير المباشرة ، بصرف النظر عن الحق الذى يراد إستعماله . والقول بأن الشرط الجوهرى للدعوى غير المباشرة هو وجود مصلحة مشروعة للدائن ، حتى وإن لم يكن المدين معسرا ، أو ترتب على إهماله زيادة إعساره هو قول غير مقبول ، فى ظل القانون المدنى المصرى السابق . أما فى ظل القانون المدنى المصرى الحالى ، فقد اشترط صراحة إعسار المدين ، أو زيادة إعساره . كما أنه يصعب إعمال هذا التفسير فيما يتعلق بالدعوى البوليصية ، إذ يشترط للطعن بالدعوى البوليصية أن تستمر حالة الإعسار حتى وقت رفع الدعوى القضائية ، فإذا زال الأثر الذى أحدثه التصرف ، لم يكن للدائن حق الطعن فى هذا التصرف (٣) .

١ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٣١ .

٢ - أنظر : إسماعيل غانم : المرجع السابق ، ص ١٦٠ ، ١٦١ ، فى الهامش

٣ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٣١ ، فى الهامش .

وإذا كانت أموال المدين تكفى للوفاء بكافة ديونه - مااستحق منها ، ومالم يستحق - لو كان باستطاعته أن يستوفى دينه كاملا من مال آخر مملوكا للمدين ، لم تظهر مصلحته فى استعمال حقوق مدينه ، تطبيقا للقاعدة العامة بأنه " لدعوى بلامصلحة " (١) .

أما فى القانون الوضعى الفرنسى " المادة (١١٦٦) من القانون المدنى الفرنسى " فإنه لايشترط إعسار المدين ، أو زيادة إعساره ، ويكفى أن يكون للدائن مصلحة مشروعة فى استعمال حقوق مدينه . إذ قضت محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها : " أن المادة (١١٦٦) من القانون المدنى الفرنسى تمنح الدائن سيطرة استعمال حقوق ، ودعوى المدين ، تكون تفرقة بين هذه الحقوق ، إلا متعلق منها بشخص المدين ، وليس لقاضى الموضوع البحث فيما رتبه مدين المدين من ضمانات للمدين " (٢) ، أى أن المحكمة لم تعتبر إعسار المدين ، أو زيادة إعساره شرطا لاستعمال الدائن الدعوى غير المباشرة .

ويكفى لإثبات إعسار المدين أن يثبت الدائن مقدار مافى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن أمواله تكفى للوفاء بهذه الديون ، ولم ينص المشرع الوضعى على هذا الحكم بالنسبة للدعوى غير المباشرة ، ومع ذلك ، يعمل به ، قياسا على ماورد فى شأن دعوى عدم نفاذ التصرف " المادة (٢٣٩) من القانون المدنى المصرى " .

١ - أنظر : كولان ، كابينان - المرجع السابق ، الطبعة الرابعة ، الجزء الثانى ، ص ٤٧ ، مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

٢ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٣٩ ، فى الهامش .

والفرع الثالث

الشرط الثالث

إدخال المدين خصما في الدعوى القضائية

لا يشترط لاستعمال الدائن حقوق مدينه إعدار المدير لاستعمال حقه ، ولكن يجب إدخاله خصما فى الدعوى القضائية " المادة (٢/٢٣٥) من القانون المدنى المصرى " . وعلى ذلك ، إذا لم يدخل الدائن مدينه خصما فى الدعوى القضائية ، جاز للخصم الآخر فى الدعوى القضائية أن يدفع بعدم قبولها .

ورغم أن إدخال المدين خصما فى الدعوى غير المباشرة لا يعتبر شرطا لقبولها فى القانون الوضعى الفرنسى ، إلا أن أغلب الفقه يرى أن من مصلحة الدائن إدخال المدين خصما فيها ، ليرد على ما عسى أن يدفع به الخصم الآخر فيها من دفع ، وحتى يكون الحكم القضائى الصادر فيها حجة عليه (١) .

ومتى أدخل المدين خصما فى الدعوى غير المباشرة ، فإنه إما أن يتخذ موقفا سلبيا ، تاركا للدائن مباشرة الدعوى القضائية عنه ، وإما أن يسلك موقفا إيجابيا ، فيعتمد إلى مباشرة الدعوى غير المباشرة بنفسه . وحينئذ ، يقتصر دور الدائن على مجرد مراقبة دفاع المدين (٢) .

١ - أنظر : أوبرى ، ورو ، المرجع السابق ، الطبعة الخامسة ، الجزء الرابع ، بند ٣١٢ ، ص ١٩٧ ، رولاند ، المرجع السابق ، ص ٨٣٧ .

٢ - أنظر : نقض مدنى - جلسة ١٩٧٧/٥/٤ - مجموعة الأحكام - س (٢٨) - ١٩٥ - ص ١١٣٥ .

وقد ذهب جانب من الفقه فى فرنسا إلى ضرورة حصول الدائن على تصريح من القضاء بحلوله محل المدين ، لأنه لا يجوز للدائن - يتدخل فى شئون المدين وفقا لمشيئته ، ويستند هذا الرأى إلى القانون الفرنسى القديم ، وقياسا على نص المادة (٧٧٨) من القانون المدنى الفرنسى ، التى تنص على أن للدائنين أن يحصلوا على تصريح من القضاء بقبول ميراث إستحق لديهم . إلا أن الراجح فى القضاء ، والفقه الفرنسين أنه لا ضرورة لمثل هذا الإذن نظرا لصراحة نص المادة (١١٦٦) من القانون المدنى الفرنسى ، ولكون نيابة الدائن عن المدين ثابتة بحكم القانون الوضعى . أنظر نقض مدنى فرنسى - جلسة ١٩٠١/٧/٨ - دالوز الدورى ١٩٠١ - ١ - ٤٩٨ ، تعليق : ليون كان .

ولا يشترط إعدار الدائن مدینه لاستعمال حقه " المادة (٢٣٥ / ٢) من القانون المدنى المصرى " ، إذ أن إدخال المدین خصما فى الدعوى غیر المباشرة يكون أقوى من مجرد الإعدار . كما لا يشترط إدخال سائر الدائنين فى الدعوى غیر المباشرة ، على اعتبار أن الحكم القضائى الصادر فيها سيكون حجة عليهم ، نظرا لاختصاص المدین فيها ^(١) .

(١) أنظر : مصطفى عبد الحمید عدوى : المرجع السابق ، ص ١٣٣

المطلب الثاني**ثانيا****الشروط المتعلقة بالدائن**

نقسم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المطلب إلى فرعين متتاليين ، وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول - أولا : الشروط الموضوعية .

والفرع الثاني - ثانيا : الشروط الإجرائية .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

الفرع الأول

أولا

الشروط الموضوعية

يشترط فى حق الدائن أن يكون موجودا ، وخاليا من النزاع - سواء كان هذا الحق مستحق الأداء وقت رفع الدعوى غير المباشرة ، أم لا (١) ، وعلى ذلك ، يجوز للدائن رفع الدعوى غير المباشرة ولو كان حقه مؤجلا ، ولم يحل أجله بعد ، أو معلقا على شرط واقف ، ولم يتحقق ، إذ يكون حقه رغم ذلك موجودا ، فلا يؤثر الأجل على وجود الحق ، كما أن الحق المعلق على شرط واقف هو حقا موجودا .

١ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٣٤ . عكس هذا : بلايول ، الإشارة المتقدمة ، حيث يذهب سيادته إلى اشتراط إستحقاق دين الدائن الذى يستعمل حق مدينه ، بحجة أن هذا الإستعمال يعتبر أكثر من عمل تحفظى ، ولو أنه عملا غير تنفيذى ، إلا أنه يكون تداخلا فى أموال المدين ، ومهيئا للتنفيذ .

ويفرق جانب آخر من الفقه بين حالتين ، وهما :

الحالة الأولى - إذا كان غرض الدائن مجرد الحفاظ على أموال المدين : فإنه لا يشترط عندئذ إستحقاق الدين .

والحالة الثانية - إذا كان غرض الدائن حرمان المدين من حرية التصرف فى الحق الذى يستعمله الدائن ، ليحصل منه على ماله : فإنه يشترط عندئذ إستحقاق الدين أنظر : أوبرى ، ورو : المرجع السابق ، بند ٣١٢ ، ص ١٩٩ ، ٢٠٠ .

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن المادة (١١٨٠) من القانون المدنى الفرنسى تقرر صراحة أن للدائن تحمت شرط أن يتخذ جميع الإجراءات التى تؤدى إلى المحافظة على حقه . ومن ثم ، يجوز للدائن - حماية لحقوقه - إستعمال حقوق مدينه ، ليحافظ على أمواله ، والى هى الضمان العام المقرر له عليها ، والى يرجع إليها يوم استحقاق الدين ، أنظر : وولاند ، بوايه ، المرجع السابق . الطبعة الثانية . سنة ١٩٨٦ . بند ٢٣٠٧ .

كما لا يشترط أن يكون حق الدائن معلوم المقدار . فالمضروب في عمل غير مشروع يكون له أن يستعمل حقوق المسئول عنه ، باعتباره مدينا بالتعويض ، دون انتظار لحين تقدير التعويض (١) .

ويجوز لأي دائن إستعمال حقوق مدينه ، مادام حقه موجودا ، فالتفرق بين الدائن العادى ، أو الدائن المرتهن ، أو من له حق امتياز . كذلك ، لافرق بين دائن ، وآخر ، بالنسبة لموضوع الحق (٢) .

كما لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين ، وهذا خلاف الدعوى البوليصية ، حيث يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على تصرف المدين (٣) .

١ - أنظر : إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ، مه ^{١٤} عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٣٥ .

٢ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : الإشارة المقدمة .
وانظر أيضا : نقض مدني فرنسي - جلسة ١٩٨١ / ١٢ / ١ - الجازيت باليه - ١٩٨٢ - ١ - ١٥٣ .

٣ - أنظر : نقض مدني فرنسي - جلسة ١٩٧٠ / ٥ / ٢٧ - الأسبوع القانوني - ١٩٧١ - ٢ - ١٦٦٧٥ - ملاحظات Guy Poulain .

والفرع الثانى

ثانيا

الشروط الإجرائية

لا يشترط لاستعمال الدائن حقوق مدينه أن يكون الحق ثابتا فى سند تنفيذى ، إذ أن المقصود هو مجرد إستيقاء أموال المدين ، والمحافظة عليها (١) .

كما لا يشترط إعدار المدين ، إذ أن مقصود الإعدار هو وضع المدين فى وضع المتأخر فسى تنفيذ الإلتزام ، إن لم يوف به ، والدائن هنا يهدف إلى المحافظة على أموال مدينه ، وليس التنفيذ عليها (٢) ، على أنه يشترط إدخال المدين خصما فى لدعوى غير المباشرة

١ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : الإشارة المقدمة .

وانظر أيضا : حكم محكمة ليون - جلسة ١٥/١٢/١٩٥٧ - الجازيت بآله - ١٩٥٨ - ١ - ١٣٣

٢ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٣٦ .

المبحث الخامس

آثار الدعوى غير المباشرة

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب متتالية ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول - أولا : فى علاقة الدائن بالخصم " مدين المدين " .

المطلب الثانى - ثانيا : فى علاقة المدين بالخصم .

والمطلب الثالث - ثالثا : فى علاقة الدائن بسائر الدائنين .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :



المطلب الأول

أولا

فى علاقة الدائن بالخصم " مدين المدين "

للخصم الذى يستعمل الدائن حق مدينه أن يتمسك بكافة الدفوع التى كان يمكنه الدفع بها فى مواجهة المدين ، لو أن الأخير هو الذى رفع الدعوى القضائية ، إذ أن الدائن هو مجرد نائب ، ويظل المدين هو المدعى الأصيل . وعلى ذلك ، يجوز للخصم أن يتمسك ببطالان العقد الذى يربطه بالمدين ، وأن يتمسك بجميع أسباب إنقضاء الدين - كالإبراء ، التقادم ، الوفاء ، إتحاد الذمة ، والتجديد (١) .

كما يجوز للخصم أن يتمسك قبل الدائن بأى اتفاق بينه ، وبين الغير . فى شأن موضوع النزاع - كالإتفاق على البقاء فى الشبوع مدة معينة ، طبقا لنقطة (١١) - أو أن يدفع الدعوى غير المباشرة بورقة الضد الصادرة له من المدين (١٢) .

ولكن ليس للخصم أن يتمسك فى مواجهة الدائن بدفوع خاصة . مستمدة من علاقة قائمة بينه ، وبين الدائن - كوقوع مقاصة بين الخصم ، والدائن شخصا - إذ أن الدائن ليس إلا نائبا عن المدين ، فلا يتمسك قبله إلا بما يتمسك به قبل المدين (١٣) .

١ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٣٩ .

٢ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : الإشارة المتقدمة .

وانظر أيضا : حكم محكمة تولوز - جلسة ١٩٨٩ - ١٨٨٩ - دلول لدمور - ١٨٩١ - ٢ - ٦٥

٣ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : الإشارة المتقدمة .

٤ - أنظر : عبد الرزاق أحمد السهوى ، المرجع السابق ، ص ١٢٦٩ . - سماعى عام - المرجع السابق . هامش صفحة ١٦٤

وانظر أيضا : نقض مدق فرنسى - الدائرة الأولى - جلسة ١٩٨٠ - ٥١٧ - حايين - ب - ١٩٨٠ - ٢ - بانوراما - ٤٦٦

المطلب الثاني

ثانيا

فى علاقة المدين بالخصم

يظل المدين محتفظا بحقه رغم رفع الدعوى غير المباشرة ، وتبقى علاقته بالخصم الآخر هى العلاقة الأصلية . بمعنى ، أنه لا يترتب على رفع الدعوى غير المباشرة أن ينزع من المدين حق تصرفه فى أمواله . وينتج عن ذلك ، أنه يجوز أن يتصالح مع الخصم الآخر على الحق ، أو أن يتنازل عنه ، أو أن يبرئه منه ^(١) ، ولا يكون أمام الدائن إلا الطعن فى هذه التصرفات بطريق الدعوى البوليصة ^(٢) .

كذلك ، يجوز للخصم الآخر أن يفى دينه للمدين ، ويكون هذا الوفاء صحيحا ، وناقذا فى حق سائر الدائنين ^(٣) . وإذ ذلك ، فإن استعمال الدائن حق مدينه ليس من المبادئ المعمول بها فى الحياة العملية ، إذ يفضل الدائن أن يتخذ إجراءات أخرى ، وأهمها : الحجز تحت يد الغير ، حيث يضمن الدائن أن مدينه لن يتسلم شيئا من الغير المحجوز لديه ^(٤) .

١ - أنظر . كولان ، كايستان ، المرجع السابق ، ص ٤٨ ، مصطفى عبد الحميد عدوى : الإشارة المتقدمة

٢ - أنظر مصطفى عبد الحميد عدوى : الإشارة المتقدمة
وانظر أيضا حكم محكمة ديجون - جلسة ١٩٠٢/٢/١٦ - دالوز الدورى - ١٩٠٢ - ، - ٢٨٢

٣ - أنظر مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٣٨

٤ - أنظر . كولان ، كايستان ، المرجع السابق ، الجزء الثانى ، ص ٤٧ ، مالورى ، المرجع السابق ، بند ٦٥٧ ، ص ٤٦٧ ، إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٤

والمطلب الثالث

ثالثا

فى علاقة الدائن بسائر الدائنين

إذا نجح الدائن فى كسب دعواه غير المباشرة ، قاسمه باقى الدائنين ، ولا ينفرد بالحق ، إذ أن هدف الدعوى غير المباشرة هو الحفاظ على أموال المدين ، والتي هى ضمان الدائنين ، وكما جاء فى نص المادة (٢٣٦) من القانون المدنى المصرى :

" . . . وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضمنا لجميع دائنيه " .

والحق المحكوم به فى الدعوى غير المباشرة لا يدخل مباشرة فى ذمة الدائن ، أو ذمم باقى الدائنين ، إذ أن الدعوى غير المباشرة ليست من وسائل التنفيذ ، ويتمين مباشرة إجراءات التنفيذ ضد المدين . أما إذا حكم لصالح الخصم الآخر فى الدعوى غير المباشرة ، فإن الحكم القضائى الصادر فيها عندئذ يكون حجة على المدين ، وعلى سائر الدائنين - سواء من قام برفع الدعوى غير المباشرة ، أو غيره .

واستعمال الدائن حق مدينه ليس من المسائل المعمول بها كثيرا فى الحياة العملية ، ويرجع ذلك إلى سببين ^(١) :

السبب الأول : أن الدائن لا يستأثر بثمرة الدعوى غير المباشرة ، إذ يشاركه سائر الدائنين حصيلتها ، رغم ما أنفقه من جهد ، ومصروفات .

والسبب الثانى : أن نظام حجز مالمدين لدى الغير هو أقرب للدائن ، وأكثر ضمانا ، إذ يؤدي إلى حبس الحقوق النقدية ، والمنقولات المادية لدى الغير المحجوز لديه عن المدين . فإذا كان محل حجز منقولات مادية ، فإن الحبس يعنى إمتناع الغير المحجوز لديه عن تسليمها للمدين المحجوز عليه ، كما يؤدي إلى عدم نفاذ التصرفات التى ترد على هذه المنقولات فى مواجهة الدائن الحاجز . وإذا كان محل حجز حقا شخصا ، فإن الحبس يعنى عدم نفاذ أى تصرف من شأنه إنتقال ، أو انقضاء هذا الحق - كالإبراء ، الوفاء ، المقاصة ، والحوالة .

١ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٣٩ ، فى هامش .

ومع ذلك لا تخبر الدعوى غير المباشرة من فائدة . حيث يتطلب القانون لإجراء حجز
مالمدير لدى الغير سندا يؤكد توافر شروط الحجز التحفظي - المادة (٣٢٧) من قانون
المرافعات المصري " ، كالسند التنفيذي ، أو حكم قضائي غير واجب النفاذ ، أو أمر
الحجز . وهو ما قد لا يتوافر لدى الدائن .

المبحث السادس

الفارق بين الدعوى غير المباشرة ، والدعوى المباشرة (١)

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : التعريف بالدعوى المباشرة ، خصائصها ، وطبيعتها .

والمطلب الثاني : أنواع الدعوى المباشرة .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

١ - في دراسة الفارق بين الدعوى غير المباشرة ، والدعوى المباشرة ، أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوي : المرجع السابق ، ص ١٤٠ ، وما بعدها .

المطلب الأول

التعريف بالدعوى المباشرة ، خصائصها ، وطبيعتها (١)

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع متتالية ، وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول : التعريف بالدعوى المباشرة .

الفرع الثاني : خصائص الدعوى المباشرة .

والفرع الثالث : طبيعة الدعوى المباشرة .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

١ - في دراسة النظام القانوني للدعوى المباشرة " التعريف بها ، خصائصها ، طبيعتها ، الدعوى المباشرة العامة ، والدعوى المباشرة القاصرة ، أنظر - مصطفى عبد الحميد عدوى - المرجع السابق ، ص ١٤٠ ، وما بعدها .

الفرع الأول

التعريف بالدعوى المباشرة

الدعوى المباشرة هي نظاماً قانونياً ، يخول للدائن مطالبة مدين مدينه باسمه هو شخصياً ، لاسم المدين ، ماكان يجب أن يؤديه المدين في حدود ماعلى المدين للدائن . ومن ثم ، يستأثر بالحق الثابت لمدينه في ذمة مدين المدين .

ولا يهدف رجوع الدائن بالدعوى المباشرة على مدين المدين إلى مجرد الحفاظ على الضمان العام المقرر له على أموال مدينه ، نتيجة إهمال الأخير في استعمال ماله من حقوق ، وإنما تأمين الدائن ، وتقرير أولوية له في استيفاء الحق ، يتقدم بمقتضاها على سائر الدائنين الآخرين ، بما يجنبه من الخضوع لقسمة الغرماء (١) .

وتفترض الدعوى المباشرة وجود علاقتى مديونية ، وهما :

العلاقة الأولى : بين المدين ، ومدينه .

والعلاقة الثانية : بين الدائن ، والمدين الأصلي ، ولكن الدعوى المباشرة تربط بين هاتين العلاقتين ، بحيث إذا رفع الدائن دعوى مباشرة ضد مدين مدينه ، فإنه عندئذ يطالب بحق مباشر له ، ويستأثر بما يقضى به في تلك الدعوى القضائية ، وذلك خلافاً للدعوى غير المباشرة ، والتي يقيمها الدائن باسم مدينه ، مطالباً فيها بحق لهذا المدين ، ويدخل ما يقضى به فيها في عموم أموال المدين ، ضماناً لحقوق دائنيه ، يتقاسمونه فيما بينهم قسمة غرماء (٢) .

١ - أنظر : COZIAN : الدعوى المباشرة ، رسالة باريس ، سنة ١٩٦٩ ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء الثاني - م ٢ - بند ٥٥٥ ، إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ ، مصطفى الجمال ، مصادر الإلتزام ، ص ٣١٨ .

٢ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٤١ .
وأنظر أيضاً : نقض مدين مصرى ، - جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ - مجموعة أحكام النقض - س (٢٦) -
٨٤٤ - ١٦٥ .

الفرع الثانى

خصائص الدعوى المباشرة (١)

الخصيصة الأولى - لا تثبت الدعوى المباشرة إلا بنص تشريعى خاص :
 إذ هي توفر للدائن وضعاً أفضل عن غيره من الدائنين ، فيستأثر بالحق الذى لمدينه فى ذمة مدين المدين .

الخصيصة الثانية - لا يطالب الدائن بالحق الثابت فى ذمة مدين المدين بصفته نائباً عن المدين ، أو بالنظر للحق كعنصر من عناصر الضمان العام المقرر له على أموال مدينه ، وإنما يطالب به بصفته الشخصية :
 فيظهر كصاحب للدين المشغول به ذمة مدين المدين .

الخصيصة الثالثة - تعتبر الدعوى المباشرة إستثناء على مبدأ نسبية أثر العقد :
 فالأصل أن العقد لا ينصرف أثره إلى غير عاقديه ، وخلفائهم ، ولا يجوز أن يرتب إلزاماً فى ذمة الغير ، ولو كان تابعاً لأحد المتعاقدين ، ولا فرق فى ذلك بين العقد الرسمى ، أو العقد المسجل ، أو العقد العرفى .

الخصيصة الرابعة - لا تستلزم الدعوى المباشرة أن يكون المدين سبباً فى النية ، أو أن يكون قد سكت عن استعمال حقه ، ولم يطالب به مدينه " مدين المدين " :
 إذ هي تثبت بنص تشريعى خاص ، يجعل من مدين المدين مديناً مباشراً للدائن .

الخصيصة الخامسة - لا يشترط حتى تكون دعوى الدائن مقبولة ضد مدين المدين إدخال المدين خصماً فى الدعوى المباشرة ، أو إدخال الدائنين الآخرين :
 إذ أن الدائن وهو يقيم الدعوى المباشرة إنما يقيمها باسمه ، مطالباً بالحكم له ، ولمصلحة ، لا لمصلحة الدائنين الآخرين . ومن ناحية أخرى ، فهو لا يمثل المدين فى الدعوى المباشرة ، ولا يعتبر نائباً عنه .

١ - لبيان خصائص الدعوى المباشرة ، أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ، ص ١٤٦ ، ١٤٧ .

والخصيصة السادسة : أن الدائن لا يجوز له أن يستوفى الدين من مدين المدين ،
إلا إذا كان الدين الذي له في ذمة المدين مستحق الأداء :
ولا يكفي أن يكون خاليا من النزاع ، كما في الدعوى غير المباشرة (١) .

١- أنظر : عبد الرزاق أحمد السهوري ، المرجع السابق ، ص ١٢٩٤ ، مصطفى الجمال ، المرجع السابق ، بند ٢٩٧ ، ص ٣١٩ .

والفرع الثالث

طبيعة الدعوى المباشرة (١)

تفترض الدعوى المباشرة وجود رابطة قانونية بين المدين ، ومدين المدين من ناحية ، والدائن ، والمدين من ناحية أخرى ، ، ولا يؤسس حق الدائن قبل مدین المدین على العلاقة القائمة بين المدين ، ومدین المدین ، إذ يعتبر من الغير بالنسبة لهذه العلاقة . ومن ثم ، يستند حقه إلى نص القانون الوضعي ، وتقوم علاقة مباشرة بينه ، وبين مدین المدین ، يمكنه بمقتضاه إستيفاء ماله من الحق الثابت لمدينه في ذمة مدین المدین .

وتوفر الدعوى المباشرة للدائن تأمیناً يجنبه الخضوع لقسمة الغرماء ، ويتقدم بحقه على سائر الدائنين الآخرين ، الأمر الذي دفع البعض إلى وصفها بأنها إمتيازاً حقيقياً .

ويرى جانب من الفقه أنه إذا كانت الدعوى المباشرة تمثل تنفيذاً خاصاً ، فهي بذلك تقترب كثيراً من فكرة حق الإمتياز ، حيث يستأثر الدائن بالحق المطالب به ، مستبعداً كافة الدائنين الآخرين ، ويقع الإمتياز على دين تقرر للمدين في ذمة مدین المدین ، ويجد هذا الدين سببه في منفعة ، أو خسارة قدمها ، أو تحملها الدائن ، ومثال ذلك : أن المستأجر من الباطن يكون ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي من الأجرة ، ويظل للمؤجر إمتيازاً على هذا المقدار ، على اعتبار أن دين الأجرة يجد سببه فيما قدمه الدائن للمستأجر من منفعة ، أو فائدة ، تتمثل في قبول إيجار العين له ، أو قبوله الإيجار من الباطن (٢) .

وقد وجهت لهذه الفكرة عدة إنتقادات ، وأهمها :

الإستقاد الأول : أنه لا إمتياز إلا بنص ، فلا يقاس عليه ، وما يثبت على خلاف القياس ، لا يقاس عليه ، إذ أن حقوق الإمتياز تشكل إستثناء من القاعدة العامة ، والتي بمقتضاها يكون لكل الدائنين حق متساو على أموال مدينهم .

١ - في دراسة طبيعة الدعوى المباشرة ، أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوي : المرجع السابق ، ص ١٤٢ ، وما بعدها .

٢ - راجع في عرض هذه الفكرة LABBE - GUY DUBOC ، المرجع السابق ، بند ١٨١ ، ص ١٢٨ ، عبد الرزاق أحمد السهوري ، الوسيط ، الجزء السادس - م ١ - بند ٤٩٠ .

والإستقاد الثاتى : أن الدعوى المباشرة لاتخول للدائن إلا المطالبة بما هو مستحقا فى حدود ماعلى مدين المدين . أما الإمتياز ، فإنه لايقبل التجزئة ، ويبقى الإمتياز مابقى جزء من الدين الممتاز لم يدفع (١) .

١ - ويقول **COZIAN** ، فى رسالته ، الدعوى المباشرة ، رسالة باريس . سنة ١٩٦٩ ، بند ٥٥٣ ص ٣٣٦ : أن الأفضلية التى تمنحها الدعوى المباشرة للدائن إنما ترجع إلى النظام القانونى المقرر لها ، وليس لأن الدائن أصبح له إمتيازاً على الحق ، إذ هى مجرد تنفيذاً سريعاً لمصلحة الدائن .

والمطلب الثاني

أنواع الدعوى المباشرة (١)

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المطلب إلى خمسة فروع متتالية ، وذلك

على النحو التالي :

الفرع الأول - النوع الأول : الدعوى المباشرة التامة " الكاملة " .

الفرع الثاني - النوع الثاني : الدعوى المباشرة القاصرة " الناقصة " .

الفرع الثالث : الدعوى القضائية المباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن .

الفرع الرابع : الدعوى القضائية المباشرة للمضروور قبل المؤمن .

والفرع الخامس : الدعوى القضائية المباشرة لعمال المقاول ، وللمقاولين من الباطن ضد رب العمل .

١ - راجع رسالة COZIAN ، المشار إليها آنفا ، بند ٣١٨ ، وورد التقسيم الوارد في المتن لأول مرة في رسالة PLANCQUEEL ، عن الدعوى القضائية المباشرة ، من جامعة ليل ، سنة ١٩٣٥

الفرع الأول

النوع الأول

الدعوى المباشرة التامة " الكاملة " (١)

للدائن صاحب الدعوى المباشرة أن يطالب باسمه شخصيا مدين مدينه بأن يودى إليه الحق الثابت للمدين فى ذمته ، ولايحتاج فى ذلك إلى اختصاص المدين الأصلي ، أو إدخاله خصما فى الدعوى القضائية .

ويقرر فى الدعوى المباشرة التامة " الكاملة " حق الدائن منذ نشأتها ، دون حاجة إلى إنذار مدين المدين بالوفاء . وبمقتضاها ، يكون للدائن حقا مكتسبا ، ولايستطيع مدين المدين أن يفى بالدين إلى المدين ، إستنادا إلى عدم إنذار الدائن له ، ومثل ذلك : الدعوى المباشرة التى تكون للمضرور قبل المؤمن ، إذ أنه بمجرد وقوع الضرر ، لايجوز التصرف فى مبلغ التأمين ، لأن المبلغ يكون قد تعلق به حق المضرور .

١ - أنظر : مصطفى عبد الحميد عدوى ، البحث السابق ، بند ٥١ ، ص ٨٨ .

الفرع الثانى

والنوع الثانى

الدعوى المباشرة القاصرة " الناقصة "

لايقرر فى الدعوى المباشرة القاصرة " الناقصة " حق الدائن قبل مدين مدينه إلا منذ الإنذار بالوفاء ، أما قبل الإنذار ، فإن لمدين المدين أن يفى بالدين للمدين ، ويكون هذا الوفاء مبرئاً لزمته ، ومثال ذلك : المادة (٥٩٦) من القانون المدنى المصرى ، والتي تنص على أنه :

" يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر " .

الفرع الثالث

الدعوى القضائية المباشرة للمؤجر

ضد المستأجر من الباطن

تنص المادة (٥٩٦) من القانون المدني المصري على أنه :

" (١) يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر .

(٢) ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن " (١) .

وبمقتضى المادة (٥٩٦) المتقدم ذكرها ، فإنه توجد علاقة مباشرة بين المؤجر ، والمستأجر من الباطن في شيء واحد ، وهو الأجرة ، ويلتزم المستأجر من الباطن بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي من الأجرة ، من وقت

١ - وتنص المادة (١٧٥٣) من القانون المدني الفرنسي على أنه :

" المستأجر من الباطن لا يكون ملزماً تجاه المالك إلا بقدر الأجرة المطلوبة منه بمقتضى عقده والمستحقة عليه وقت توقيع الحجز ، والدفعات التي يؤديها المستأجر من الباطن بمقتضى شرط في عقد إيجاره أو بمقتضى العرف لا تعتبر أنها دفعت مقدماً " .

وقد تبينت أحكام القضاء في فرنسا حول ما إذا كان يترتب على النص السابق وجود رابطة مباشرة ما بين المؤجر ، والمستأجر من الباطن ، تحول الأول رفع الدعوى المباشرة على الآخر ، إذ قضت محكمة استئناف باريس ، بأنه : " نص المادة (١٧٥٣) من القانون المدني الفرنسي إنما قصد به تحديد الحق المعنى الضمني على منقولات المستأجر من الباطن ، ولم يقصد به إنشاء علاقة مباشرة بين المؤجر ، والمستأجر من الباطن ، أنظر : حكم محكمة استئناف باريس - جلسة ١٨٩٦ / ٩ / ٣ - دالوز - ١٨٩٧ - ٢ - ٣٣٣ .

وراجع في نفس المعنى : حكم محكمة ليون - جلسة ١٨٨٢ / ١٢ / ٢٣ - سيرى - ١٨٨٤ - ٢ - ١٢١ . عكس هذا ، أنظر : نقض مدني فرنسي - جلسة ١٨٩٢ / ١ / ١٣ - سيرى - ١٨٩٢ - ١ - ٨٩ ، ٨٩ / ١ / ٢٤ - ١٨٥٣ - سيرى ١٨٥٣ - ١ - ٣٢١ ، ١٨٧٨ / ٧ / ٣١ - سيرى - ١٨٨١ - ١ - ٧٧ ، ١٨٧٣ / ٧ / ٢ - سيرى - ١٨٧٣ - ١ - ٣٢٣ .

إنذار الموجر إياه ، وإذا كان قد عجل منها شيئا قبل الإنذار ، لم يجز له التمسك بذلك قبل الموجر ، إلا إذا كان قد تم قبل الإنذار وفقا للعرف ، أو الإتفاق ، بسند ثابت التاريخ .

الفرع الرابع

الدعوى القضائية المباشرة للمضرور قبل المؤمن

الأصل أن المضرور لا يعتبر طرفاً في عقد التأمين ، حتى يمكنه الاستفادة منه ، فمثل هذا العقد لا يؤتى ثمرته إلا لمصلحة عاقله - المؤمن ، والمؤمن عليه - ولا يستمد منه المضرور حقاً مباشرة قبل المؤمن . ومع ذلك ، فقد بذلت محاولات تشريعية ، وقضائية ، حتى يتمكن المضرور من الاستفادة من عقد التأمين الذي أبرمه فاعل الضرر ^(١) . وكان مشروع القانون المدني المصري الحالي ينص في المادة (٨٣٢) على أنه : " لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه مادام المصاب لم يعرض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التي نشأت عنها مسئولية المؤمن له " .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " أن هذا النص يتفق في أساسه مع المادة (٥٣) من القانون الوضعي الفرنسي الصادر سنة ١٩٣٠ ، والتي تلزم المؤمن بأن يدفع مبلغ التعويض للغير ، أما القانون الوضعي الألماني الصادر سنة ١٩٠٨ " المسادة (٥٦) " فإنه يجيز للمؤمن دفع التعويض للغير ، ولكنه لا يلزمه بذلك . " ، وقد وافق مجلس النواب على المادة المذكورة ، ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ

١ - ولم يكن التأمين - كعقد منشئ لدعوى قضائية مباشرة - مطبقاً في فرنسا على جميع صور التأمين ، واقتصر في بادئ الأمر على التأمين من الحريق " القانون الوضعي الفرنسي الصادر في التاسع عشر من شهر فبراير سنة (١٨٨٩) في حالي الخطر الإجباري ، ومضار الجوار . ثم كفل القانون الوضعي الفرنسي الصادر في التاسع من شهر أبريل سنة (١٨٩٨) للعامل المضرور دعوى قضائية مباشرة قبل شركة التأمين التي أمن مسئولية رب العمل ، وتلى ذلك القانون الوضعي الفرنسي الصادر في الثامن ، والعشرين من شهر مايو سنة (١٩١٣) ، حيث منح للمضرور - في التأمين من المسئولية عن الإصابات - امتيازاً على مبلغ التأمين ، وعمم هذا المبدأ على جميع أنواع التأمين ، بموجب المادتين (٣٧) ، (٥٣) من القانون الوضعي الفرنسي الصادر في الثالث عشر من شهر يوليو سنة ١٩٣٠ .

رأت حذف المادة ، لأنها تتعلق بجزئيات ، وتفصيل يحسن أن ينظمها قانون خاص (١) .

وقد وردت بعض النصوص في التشريعات الخاصة تمنح المضورر حقا مباشرا قبل المؤمن ، كالقانون الوضعى المصرى رقم (١١٧) لسنة ١٩٥٠ ، والقانون الوضعى المصرى رقم (٤٤٩) لسنة ١٩٥٥ ، بشأن السيارات ، وقواعد المرور ، والمكمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٦٥٢) لسنة ١٩٥٥ ، بشأن التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات ، وقد نصت المادة الخامسة من القانون الوضعى المصرى الأخير على أنه :

" يلتزم المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تلحق أى شخص من حوادث السيارة إذا وقعت فى جمهورية مصر العربية ، وذلك فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة (٦) من القانون الوضعى المصرى رقم (٤٤٩) لسنة ١٩٥٥ ، ويكون التزام المؤمن بقيمة ما يحكم به قضائيا من تعويض مهما بلغت قيمته ويؤدى المؤمن مبلغ التعويض إلى صاحب الحق فيه - وتخضع دعوى المضورر قبل المؤمن للتقديم المنصوص عليه فى المادة (٧٥٢) من القانون المدنى " .

وعلى ذلك ، يترتب للمضورر حقا مباشرا قبل المؤمن ، بموجب النص التشريعى المتقدم ذكره بمجرد وقوع الضرر ، ولايستطيع المؤمن له التصرف فى مبلغ التأمين بحالة ، أو

١ - وقد قضت محكمة الإستئناف المختلطة بأنه : " يجوز للمجنى عليه أن يقاضى بدعوى قضائية مباشرة شركة التأمين التى تعاقدها مع صاحب السيارة على تأمينه من مسئولية ما يقع بسببها من الحوادث ، كما يجوز له أن يقاضى شركة التأمين مع صاحب السيارة ، ويطلب الحكم بالزامها مباشرة بأن يدفع له التعويض الذى تحكم به المحكمة على صاحب السيارة ، إستئناف مختلط - جلسة ١٨/٤/١٩٣٥ - ٤٧ ص ، ٢٥٧ - جازيت المحاكم المختلطة ٢٦ - رقم (٢٣٥) ، ص ٣٢٥ - القانون ، والإقتصاد - ٨ - ملحق أحكام محكمة الإستئناف المختلطة رقم (٧٧) - ص ٨٣ .

كما قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة فى حكم لها بأنه : " للمحكمة أن تقصر حكمها على إلزام شركة التأمين مباشرة بتعويض المجنى عليه ، وإخراج المؤمن له من الدعوى القضائية ، مادام أن المؤمن لم يطلب سقوط حق المؤمن له " - جلسة ١٨/١/١٩٣٦ - ٢٦ ، رقم (٢٣٤) . عكس هذا ، أنظر إستئناف مختلط - جلسة ٢٧/٣/١٩٣٠ - ٤٢ - ٣٨٩

بمقاصصة ، نظرا لتعلق حق المضرر به ، كما يستأثر المضرور بمبلغ التأمين ، دون أن يتعرض لمشاركة دائئه " المؤمن له " (١) .

١ - وطبقا لنص المادة (٥٣) من القانون الوضعي الفرنسي الصادر سنة (١٩٣٠) ، فإنه يحظر على المؤمن أن يدفع المبلغ - كله ، أو بعضه - لأي شخص آخر غير المضرور ، مادام أن الأخير لم يعرض عما لحقه من ضرر ، في حدود مبلغ التأمين .

والفرع الخامس

الدعوى القضائية المباشرة لعمال المقاول
، وللمقاولين من الباطن ضد رب العمل

الأصل أن المدين بالاجر مباشرة قبل العامل هو رب العمل ، وأنه ليس للعامل مطالبة مدنيى رب العمل ، إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة ، بيد أن المشرع الوضعى قد خرج عن هذا الأصل حماية لحقوق العامل ، إذ نصت المادة (١/٦٦٢) من القانون المدني المصرى على أنه :

" يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصيل وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصيل ورب العمل " (١) .

وقد دعم المشرع الوضعى الدعوى عندئذ بحق امتياز ، حيث نصت المادة (٢/٦٦٢) من القانون المدني المصرى على أنه :

" ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصيل إمتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصيل أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الإمتياز لكل منهم بنسبة حقه ، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة " . ولايشترط لوجود الإمتياز أن يوقع هذا الحجز ، إذ هو يكون مقررا بنص القانون الوضعى ، ولم ينشأ عن واقعة الحجز ، غاية الأمر أنه يترتب على الحجز تحديد القدر الذى يرد عليه هذا الإمتياز .

١ - وتقابل المادة (٦٦٢) من القانون المدنى المصرى المادة (١٧٩٨) من القانون المدنى الفرنسى ، على أن المادة الأخيرة لم تمنح الدعوى المباشرة إلا للعمال ، فلهم مطالبة رب العمل بصفاقم الشخصية ، لا بالنسبة عن مدينتهم المقاول . وقد تدارك المشرع الوضعى الفرنسى هذا النقص ، وأقر صراحة بحق المقاولين من الباطن فى رفع الدعوى المباشرة ضد رب العمل ، وذلك بموجب نص المادة (١٢) من القانون الوضعى الفرنسى رقم (١٣٣٤) ، والصادر فى الحادى ، والثلاثين من شهر ديسمبر سنة ١٩٧٥

الفصل الثاى

الإستثناء الثانى

الدعاوى القضائية التى ترفعها النيابة العامة - باعتبارها ممثلة للمصالح العام ، وأمانة على مصلحة القانون - فى المواد المدنية ، والتجارية ، ومواد الأحوال الشخصية ، دفاعا عن المصالح العامة للمجتمع ، وحفاظا على النظام العام ، والآداب العامة ، فى أحوال إستثنائية ، ودورها فى حماية المصالح العامة ، أو سلطات النيابة العامة فى التقاضى " الصفة فى الدعوى القضائية دفاعا عن مصلحة عامة "

تمهيد ، وتقسيم :

للنيابة العامة إختصاصات إدارية مختلفة ، كالإشراف على الأعمال المتعلقة بنقود المحاكم " المادة (٢٨) من قانون السلطة القضائية المصرى " ، وإشرافها على الخزنة ، ليس من شأنه إضافة مايودع بها لذمتها . والإشراف على العاملين المكلفين بتحصيل ، وضبط ، وصرف حصيلة الغرامات ، وسائر أنواع الرسوم ، والأمانات ، والودائع " المادة (٢٩) من قانون السلطة القضائية المصرى " . والإشراف على السجون ، والأماكن التى تنفذ فيها الأحكام الجنائية " المادة (٢٧) من قانون السلطة القضائية المصرى " ، بالتفتيش عليها ، والإطلاع على دفاتر السجن ، وأوامر القبض ، والحبس ، والإتصال بأى محبوس ، وسماع شكواه " المادة (٤٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصرى " .

كما أن للنيابة العامة إختصاصات تتعلق برعاية مصالح عديمى الأهلية ، وناقصيها ، والغائبين ، والحمل المستكن ، ولها أيضا دورا فى الإعلان القضائى " المادة (١٣) من قانون المرافعات المصرى " .

وللنيابة العامة إختصاصات تتصل بأعمال القضاء " الإختصاصات القضائية " ، والتى نجد مجالها الأساسى فى المواد الجنائية ، فثبتت لها - دون غيرها - الحق فى رفع الدعوى الجنائية ، ومباشرتها ، مالم ينص القانون الوضعى على خلاف ذلك

كما يكون للنياية العامة دورا فى المواد التأديبية ، فهى تباشر الدعاوى التأديبية التى ينص عليها فى القوانين الوضعية المختلفة ، مثل الدعاوى التأديبية التى ترفع على المحامين ، والتى ترفع على القضاة " المادة (٩٩) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

كما تمارس النيابة العامة دورا محدودا فى المواد المدنية ، وذلك فى صورتين أساسيتين ، فهى قد تمارسه باعتبارها طرفا أصليا ، وقد تمارسه باعتبارها عضوا مت دخلا ، أو طرفا منضما " المادة (٩٥) من قانون المرافعات المصرى " .
وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث متتالية ، وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول : تنظيم النيابة العامة .

المبحث الثانى : الخصائص الأساسية للنياية العامة .

المبحث الثالث : تعدد الاختصاصات التى يعهد بها القانون الوضعى إلى النيابة العامة

والمبحث الرابع : سلطات النيابة العامة فى التقاضى " الدور الأساسى للنياية العامة هو فى الدعوى الجنائية - دورها فى الخصومة القضائية المدنية هو دورا محدودا " .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

المبحث الأول

تنظيم النيابة العامة

تتألف النيابة العامة من النائب العام ، والنواب العاميين المساعدين ، والمحامين العاميين الأول ، والمحامين العاميين ، ورؤساء النيابة ، ووكلائها ، ومساعدتها ، ومعاونيها " المادة (٢٣) من قانون السلطة القضائية المصري " (١) .

ويرأس تنظيم النيابة العامة النائب العام ، وله على باقى الأعضاء الرئاسة الإدارية ، والفنية فى نطاق معين ، ومركزه مدينة القاهرة ، ويليه فى التدرج مساعدو النائب العام ، والمحامون العامون الأول ، والمحامون العامون . وفى حالة غياب النائب العام ، أو خلو منصبه ، أو قيام مانع لديه ، يحل محله أقدم النواب العاميين المساعدين ، وتكون له جميع اختصاصاته " المادة (٢/٢٣) من قانون السلطة القضائية المصري " .

ويسرى فى شأن النواب العاميين المساعدين سائر الأحكام الواردة فى قانون السلطة القضائية المصري بشأن رؤساء محاكم الاستئناف ، عدا محكمة استئناف القاهرة ، ومن فى درجتهم " المادة (٣/٢٣) من قانون السلطة القضائية المصري " .

ويقوم لدى كل محكمة استئناف نيابة إستئناف ، يرأسها محام عام أول ، أو محام عام يعاونه عدد من المحامين العاميين ، والرؤساء ، والوكلاء ، وسائر الأعضاء .

وللمحامين العاميين بمحاكم الإستئناف جميع حقوق ، واختصاصات النائب العام ، والمنصوص عليها فى القوانين " المادة (٢٥) من قانون السلطة القضائية المصري " .

وتوجد فى مقر كل محكمة إبتدائية نيابة كلية ، يديرها محام عام ، يعاونه عدد من أعضاء النيابة العامة . ويتفرع عن هذه النيابة نيابات جزئية ، فى دائرة كل محكمة جزئية ، بها عضوا ، أو أكثر ، بدرجة معاون نيابة على الأقل ، ورئيس نيابة بالأكثر ، وهى تمارس اختصاصاتها تحت إشراف المحامى العام ، والذى يرأس النيابة الكلية . إلا أنه توجد فى بعض عواصم المحافظات الكبرى فى مصر أكثر من نيابة كلية .

١ - والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (١٣٨) لسنة ١٩٨١ ، والنشور فى الجريدة الرسمية ، العدد رقم (٣٣) تابع ، فى ١٣/٨/١٩٨١ .

ويقوم أعضاء النيابة العامة بأداء وظيفتها أمام محاكم جهة القضاء العادى (١) - عدا محكمة النقض " المادة (٢٣) من قانون السلطة القضائية المصرى " ، فدى هذه المحكمة تنشأ نيابة عامة مستقلة ، تقوم بأداء وظيفة النيابة العامة لدى محكمة النقض " المادة (١/٢٤) من قانون السلطة القضائية المصرى " (٢) ، وهى تؤلف من مدير يختار من بين مستشارى النقض ، أو الإستئناف ، أو المحامير العامير على الأقل ، يعاونيه عدد كاف من الأعضاء ، من درجة وكيل نيابة من الفئة الممتازة على الأقل " المادة (٢/٢٤) من قانون السلطة القضائية المصرى " . ويكون ندب كل من المدير ، والأعضاء لمدة سنة قابلة للتجديد بقرار من وزير العدل ، بعد أخذ رأى رئيس محكمة النقض ، وموافقة مجلس القضاء الأعلى " المادة (٤/٢٤) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

١ - فلامعمل النيابة العامة أمام محاكم جهة القضاء الإدارى ، ولأمام المحكمير ، أنظر : فتحي والى - المرجع السابق - ص ٤٠٩ - الهامش رقم (٤) ، أحمد ماهر زغلول - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - التنظيم القضائى . ونظرية الاختصاص - بند ١٢٣ ، ص ١٩٨

٢ - والمعلقة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٤

المبحث الثانى الخصائص الأساسية للنياية العامة

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا البحث إلى أربعة مطالب متتالية ،
وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول - الخصيصة الأولى : أعضاء النياية العامة هم من عمال السلطة
التنفيذية ، المكلفون بالدفاع عن مصلحة الجماعة ، والنظام العام ، والإشراف على
تطبيق القوانين ، واحترام مبدأ المشروعية .

المطلب الثانى - الخصيصة الثانية : تكون النياية العامة وحدة لا تقبل التجزئة ، كل
عضو من أعضائها هو ممثل لها .

المطلب الثالث - الخصيصة الثالثة : يخضع أعضاء النياية العامة لنظام من
التبعية الرئاسية .

والمطلب الرابع - الخصيصة الرابعة : النياية العامة هي كيانا قائما بذاته ،
ومستقلا عن المحاكم .
والى تفصيل كل هذه المسائل :

المطلب الأول

الخصيصة الأولى

أعضاء النيابة العامة هم من عمال السلطة التنفيذية ، المكلفون بالدفاع عن مصلحة الجماعة ، والنظام العام ، والإشراف على تطبيق القوانين ، واحترام مبدأ المشروعية

أعضاء النيابة العامة هم من عمال السلطة التنفيذية ^(١) ، المكلفون بالدفاع عن مصلحة الجماعة ، والنظام العام ، والإشراف على تطبيق القوانين ، واحترام مبدأ المشروعية . ولذلك ، فهم يوضعون جميعا تحت إشراف ، ورئاسة وزير العدل " للمادتان (٢٦) ، (١٢٥) من قانون السلطة القضائية المصرى " ، والذي له أن يأمرهم بالتصرف على وجه معين ، وإن كان لا يستطيع أن يحل محلهم فى مباشرة هذا التصرف ^(٢) .

١ - أنظر :

MOREL : OP . CIT . , N . 117 ; SOLUS et PERROT : OP . CIT . , N . 853 ; LARGUIER : OP . CIT . , P . 20 ; VINCENT : OP . CIT . , N . 179 ; COUCHEZ : OP . CIT . , N . 123 .

وانظر أيضا : رمزى سيف : الوسيط ، ص ٨٦ ، فتحى والى : الوسيط ، ص ٣٩٩ ، محمود شمس : قانون القضاء المدنى ، ص ٢٦٩ ، أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الاختصاص - بند ١٢٤ ، ص ١٩٨

٢ - أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الاختصاص - بند ١٢٤ ، ص ١٩٨ .

المطلب الثانى

الخصيصة الثانية

تكون النيابة العامة وحدة لاتقبل التجزئة

، كل عضو من أعضائها هو ممثلا لها

تكون النيابة العامة وحدة لاتقبل التجزئة ، كل عضو من أعضائها هو ممثلا لها . فالنيابة العامة تعتبر ممثلة بأى من رجالها ، يكمل بعضهم بعضا . ونتيجة لذلك ، فإنه يمكن أن يبدأ التحقيق عضو ، ويكمله عضو ثان ، ويتصرف فيه ثالث ، ويزايع فى الجلسة رابع ، ويكمل المرافعة فى الجلسة التالية خامس ، ويطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية سادس . وهكذا . وفى هذا تختلف النيابة العامة عن القضاء ، فيخضع القضاء لقاعدة أخرى مفادها ، أنهم لا يكملون بعضهم بعضا . فالقاضي الذى نظر القضية هو الذى يجب أن يحضر المداولة ، وأن يشترك فى إصدار الحكم القضائى فى الدعوى القضائية (١) .

إلا أن إعمال قاعدة عدم التجزئة بين أعضاء النيابة العامة تكون مقيدة بقواعد الاختصاص القضائى النوعى ، والمحلّى ، وإلا كان تصرف العضو باطلا (٢) . ومن الناحية الموضوعية ، تنقيد قاعدة عدم التجزئة بضرورة الالتزام بعدم تناقض الأعمال ، لأن أعضاء النيابة العامة إنما يكملون عمل بعضهم بعضا ، ولا ينقضونه ، أو يهدمونه .

١ - أنظر : فتحى والى - الإشارة المقدمة ، أحمد ماهر زغلول - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الاختصاص - بند ١٢٤ ، ص ١٩٩ .

٢ - أنظر :

VINCENT : OP . CIT . , P . 213 , en Note .

وانظر أيضا : رؤوف عبيد : المرجع السابق ، ص ٥٣ ، أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الاختصاص ، بند ١٢٤ ، ص ١٩٩ - المسامش رقم (٢) . وقارب : فتحى والى : المرجع السابق ، ص ٤٠١ ، والمواشم الملحق بها .

ولذلك ، فإن الطعن الذي يرفعه أحد أعضاء النيابة العامة ضد حكم قضائي ، صدر في دعوى قضائية ، لا يجب أن يتعارض مع طلبات النيابة العامة في خصومة الحكم القضائي المطعون فيه (١) .

وأساس قاعدة عدم التجزئة بين أعضاء النيابة العامة ، هو أن النائب العام إنما يمثل الهيئة الاجتماعية بأسرها ، عند مباشرة الوظائف الموكولة إلى النيابة العامة ، وأنه مهما تعدد أعضاء النيابة العامة ، فهم يكونون مع ذلك جسما واحدا لا يتجزأ ، لأن تصرفاتهم مردها فى النهاية إلى الوكالة عن أصيل واحد ، وهو الهيئة الاجتماعية ، وذلك بصرف النظر عن صاحب الإجراء ، ولقد جسد البعض هذه القاعدة فى صيغة أخرى أصبحت مأثوفة ، مفادها : " أن أعضاء النيابة العامة هم جميعا شركاء فى شركة تضامن ، فيكون أى إجراء صادر من أى شريك فيها ، كأنه صادر من مجموع هؤلاء الشركاء " (٢) .

١ - أنظر :

VINCENT : OP . CIT . , P . 213 .

وانظر أيضا : أحمد ماهر زغلول - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - الطبعة القضائية ، ونظرية الإختصاص - بند ١٢٤ ، ص ١٩٩ - الهامش رقم (٢) .

٢ - أنظر . رؤوف عبيد : المرجع السابق ، ص ٥٢ .

المطلب الثالث

الخصيصة الثالثة

يخضع أعضاء النيابة العامة

لنظام من التبعية الرئاسية

يخضع أعضاء النيابة العامة لنظام من التبعية الرئاسية ، فيخضع كل عضو لرؤسائه بترتيب درجاتهم ، حتى النائب العام ، وهم يخضعون جميعاً لوزير العدل . ولقد نصت على هذه التبعية المادتان (٢٦) ، (١٢٥) من قانون السلطة القضائية المصرى . فطبقاً للمادة (٢٦) من قانون السلطة القضائية المصرى ، فإنه :

" رجال النيابة العامة تابعون لرؤسائهم بترتيب درجاتهم ثم لوزير العدل " .

وتتص المادة (١٢٥) من قانون السلطة القضائية المصرى ^(١) على أنه :

" أعضاء النيابة يتبعون رؤسائهم والنائب العام وهم جميعاً يتبعون وزير العدل ، وللوزير حق الرقابة والإشراف على النيابة وأعضائها وللنائب العام حق الرقابة والإشراف على جميع أعضاء النيابة . وللمحامين العامين بالمحاكم حق الرقابة والإشراف على أعضاء النيابة بمحاكمهم " .

وفى هذا كله يختلف أعضاء النيابة العامة عن القضاة ، والذين يتمتعون باستقلال فنى كامل ، ويقتدر كبير من الإستقلال الإدارى ، فى مواجهة السلطة التنفيذية ^(٢) ، ويختلف مدى هذه السلطة بحسب طبيعة الرئاسة ، وبحسب نوع العمل الذى تمارس سلطة الرقابة بصده . فالرئاسة الكاملة على أعضاء النيابة العامة هى للنائب العام . أما رئاسة ماعده ، فتقتصر أساساً على الجوانب الإدارية .

١ - والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٤ .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الاختصاص - بند ٣٢ ومايليه ، بند ١٢٤ ، ص ٢٠٠ .

وفى خصوص رئاسة النائب العام ، فإن سلطته الرئاسية على أعضاء النيابة العامة تدرج بحسب ما إذا كانوا يباشرون إختصاصاتهم بوصفهم سلطة تحقيق ، أو سلطة إتهام (١) .

وإذا كان مقتضى هذه التبعية هو التزام أعضاء النيابة بأوامر ، وتوجيهات رؤسائهم ، فإن التقاليد قد أرست قاعدة تخفف من هذا الإلتزام ، وتكفل لأعضاء النيابة العامة قدرا من الحرية ، والإستقلال عند مرافعاتهم فى قاعات المحاكم . ومفاد هذه القاعدة ، أنه إذا خرجت الدعوى القضائية من بين يدي النيابة العامة ، واستقرت بين يدي القضاء ، فإن التزام عضو النيابة العامة بأوامر رؤسائه ينحصر فيما يكتب ، ويبقى حرا بالنسبة لما ينطق به ، ولو خالف ماكتبه (٢) .

١ - أنظر : رؤوف عبيد : المرجع السابق : ص ٥٦ ، ومابعدا .

٢ - أنظر :

INCENT : OP . CIT . , P . 213 .

وانظر أيضا : فتحي والى : المرجع السابق ، ص ٤٠٠ ، أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول - التنظيم القضائي ، ونظرية الإختصاص - بند ١٢٤ ، ص ٢٠٠ .
وفى شرح هذه القاعدة ، أنظر : عبد الفتاح الصيفى : حق الدولة فى العقاب ، طبعة سنة ١٩٧١
ص ٢٠٢ ، ومابعدا ، مأمون محمد سلامة : الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى ، طبعة سنة ١٩٧٣
ص ١٣ ، ومابعدا ، رؤوف عبيد : المرجع السابق ، ص ٥٧ ، ومابعدا .

والمطلب الرابع

الخصيصة الرابعة

النيابة العامة هي كيانا قائما بذاته ، ومستقلا عن المحاكم

النيابة العامة هي كيانا قائما بذاته ، ومستقلا عن المحاكم ، ويخضع أعضاؤه لقواعد خاصة تختلف عن القواعد التي يخضع لها القضاة ، وإن كان المشرع الوضعي المصري في الآونة الأخيرة قد عمد إلى تطبيق بعض القواعد التي تطبق على القضاة على أعضاء النيابة العامة ، فالشروط التي يجب توافرها فيمن يعين في النيابة العامة هي ذاتها الشروط التي يجب توافرها فيمن يولى القضاء ، مع اختلافات محدودة تتعلق بشرط السن " المواد (١١٦) ، (٢/١١٧) ، (١١٩) من قانون السلطة القضائية المصري " .

كما أن المادة (٦٧) من قانون السلطة القضائية المصري ^(١) تساوى بين القضاة ، وأعضاء النيابة العامة - عدا معاوني النيابة العامة - في أعمال قاعدة عدم القابلية للعزل .

وتتحدد أقدمية أعضاء النيابة العامة وفقا للقواعد القانونية المقررة لتحديد أقدمية رجال القضاء " المادة (١٢٤) من قانون السلطة القضائية المصري " .

كما أن العقوبات التأديبية التي يمكن أن يحكم بها عليهم هي نفس العقوبات التي يجوز الحكم بها على القضاة " المادة (١٢٨) من قانون السلطة القضائية المصري " .

وفى تأديبهم ، فإنهم يتبع أمام مجلس التأديب القواعد ، والإجراءات المقررة لمحاكمة القضاة " المادة (١٢٩) من قانون السلطة القضائية المصري " .

وتقرر المادة (١٣٠) من قانون السلطة القضائية المصري أنه تسرى أحكام المواد (٤٩) ، (٦٢) ، (٦٦) ، (٦٩) ، (٧٠) ، (٧٢) ، (٧٣) مكرر ، (٧٧) ، (٨٦) ، (٩٠) ، (٩١) ، (٩٥) ، (٩٧) المتعلقة بالقضاة على أعضاء النيابة العامة .

١ - والمعدلة بالقانون الوضعي المصري رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٤ .

وتتعدد المسؤولية المدنية لأعضاء النيابة العامة وفقا لنظام المخاصمة ، شأنهم فى ذلك شأن القضاة " المادة (٤٩٤) من قانون المرافعات المصرى " .

كما يجوز أيضا ردهم وفقا لذات القواعد القانونية المتبعة لرد القضاة .

كما أنه رغما عن أن القضاء ، والنيابة العامة هما كيانان منفصلان ، فإن العلاقات بينهما موصولة لا تنقطع ، فالانتقال من سلك القضاء إلى النيابة العامة ، أو العكس ، هو من التقاليد المستقرة ، والتي تجد إعتقادا تشريعيا ^(١) .

والنيابة العامة هى كيانا مستقلا عن المحكمة التى تباشر أمامها وظائفها ، ويوجد هذا الإستقلال أساسه فى مبدأ الفصل بين السلطات فى الدولة . فالنيابة العامة هى جزء من السلطة التنفيذية . بينما تعد المحكمة جزء من السلطة القضائية . وتأسيسا على ذلك ، فليس للمحكمة أن تصدر أوامر ، وتوجيهات لعضو النيابة العامة الذى يمثل أمامها ، أو أن توجه نقدا ، أو لوما إلى تصرفه فى الخصومة القضائية ، أو مسلكه فى الجلسة ^(٢) ، ولقد قضى تطبيقا لذلك ، بأنه : " ليس لمحكمة الجنايات أن تنعى على النيابة العامة فى حكمها : " أنها أسرفت فى الإتهام " ، أو أنها : " أسرفت فى حشد التهم ، وكيلها للمتهمين جزافا " ^(٣) .

كما أنه ليس للقاضى أن يحل محل عضو النيابة العامة فى القيام بعمل ، أو إجراء ، مما يدخل فى سلطة النيابة العامة ^(٤) .

وفى المقابل ، فإنه ليس لعضو النيابة العامة أن يقوم بعمل مما يدخل فى سلطة القاضى ، كما ليس له أن يتدخل فى مباشرة وظيفته . واستثناء من ذلك ، يكون لنيابة النقض - بناء

١ - أنظر على سبيل المثال : المادتان (٢٤) ، (٢٥) من قانون السلطة القضائية المصرى .

٢ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الاختصاص ، بند ١٢٤ ، ص ٢٠٢ .

٣ - أنظر : نقض جنائى مصرى - جلسة ١٩٣٢/٥/١٦ - المجموعة ٢ - ٣٥١ ، مشارا لهذا الحكم لدى : رؤوف عبيد : المرجع السابق ، ص ٦٢

٤ - أنظر .

M . L . RASSAT : Le ministere public entre son passe et son avenir , preface VOUIN , ED . 1967 . OP . CIT . , P . 201 .

وانظر أيضا : فتحى والى : المرجع السابق ، ص ٤٠٠

على طلب المحكمة - الحق في حضور مداوالت الدوائر المدنية ، والتجارية ، والأحوال الشخصية ، دون أن يكون لمتثلها صوتاً معدوداً في المداوالت " المادة (٢٤) من قانون السلطة القضائية المصري " .

المبحث الثالث

تعدد الاختصاصات التي يعهد بها القانون الوضعي المصري إلى النيابة العامة

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : الاختصاصات الإدارية للنيابة العامة .

والمطلب الثاني : الاختصاصات القضائية للنيابة العامة .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :



المطلب الأول

الإختصاصات الإدارية النيابة العامة

للنيابة العامة إختصاصات إدارية مختلفة ، كالإشراف على الأعمال المتعلقة بنفوذ المحاكم " المادة (٢٨) من قانون السلطة القضائية المصري " ، وإشرافها على الخزانة العامة ، ليس من شأنه إضافة ما يودع بها لذمتها ^(١) . والإشراف على العاملين المكلفين بتحصيل ، وضبط ، وصرف حصيلة الغرامات ، وسائر أنواع الرسوم ، والأمانات ، والودائع " المادة (٢٩) من قانون السلطة القضائية المصري " . والإشراف على السجون ، والأماكن السرى تنفذ فيها الأحكام الجنائية " المادة (٢٧) من قانون السلطة القضائية المصري " ، بالتفتيش عليها ، والإطلاع على دفاتر السجن ، وأوامر القبض ، والحبس ، والاتصال بأى محبوس ، وسماع شكواه " المادة (٤٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري " .

كما أن للنيابة العامة إختصاصات تتعلق برعاية مصالح عديمى الأهلية ، وناقصيها ، والغائبين ، والحمل المستكن ^(٢) ، ولها أيضا دورا فى الإعلان القضائى " المادة (١٣) من قانون المرافعات المصري " .

١ - أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٦/٥/٢١ - المجموعة ٧ - ٦٤٨ .

٢ - أنظر : نجيب بكير ، دور النيابة العامة فى قانون المرافعات ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٧٤ - ص ٥٢٤ ، وما بعدها .

والمطلب الثانى

الإختصاصات القضائية للنياية العامة

للنباية العامة إختصاصات تتصل بأعمال القضاء " الإختصاصات القضائية " ، والتي تجد مجالها الأساسى فى المواد الجنائية ، فيثبت لها - دون غيرها - الحق فى رفع الدعوى الجنائية ، ومباشرتها ، مالم ينص القانون الوضعى المصرى على خلاف ذلك ^(١) ، كما يكون للنباية العامة دورا فى المواد التأديبية ، فهى تباشر الدعوى التأديبية التى ينص عليها فى القوانين الوضعية المصرية المختلفة ، مثل الدعوى التأديبية التى ترفع على المحامين ، والسئى ترفع على القضاة " المادة (٩٩) من قانون السلطة القضائية المصرى " ^(٢) . كما تمارس النباية العامة دورا محدودا فى المواد المدنية ، وذلك فى صورتين أساسيتين : فهى قد تمارسه باعتبارها طرفا أصليا ، وقد تمارسه باعتبارها عضوا مت دخلا ، أو طرفا منضمما " المادة (٩٥) من قانون المرافعات المصرى " .

١ - أنظر : رؤوف عبيد ، ص ٤٤ ، ٦٢ ، ٦٩ ، وما بعدها ، أحمد ماهر زغلول - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص ، بند ١٢٥ ، ص ٢٠٣ .

٢ - فى دراسة دور النباية العامة فى الدعوى التأديبية المرفوعة على القضاة ، أنظر : أحمد ماهر زغلول - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص ، بند ١٠٧ ، وما يليه .

وفى دراسة دور النباية العامة فى خصوص الدعوى التأديبية المرفوعة على المحامين ، أنظر : أحمد ماهر زغلول : الدفاع المعاون ، الجزء الثانى ، بند ٧٢ ، وما يليه

المبحث الرابع

سلطات النيابة العامة فى التقاضى " الدور الأساسى للنّياية العامة
هو فى الدعوى الجنائية - دورها فى الخصومة القضائية
المدنية هو دورا محدودا "

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب متتالية ، ذلك
على النحو التالى :

المطلب الأول : للنّياية العامة حق تحريك ، ومباشرة الدعوى الجنائية .

المطلب الثانى : دور النيابة العامة فى الخصومة المدنية .

المطلب الثالث : الإعراف للنّياية العامة بحق الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى
الدعوى القضائية المدنية ، والتى يوجب القاتون ، أو يجيز تدخلها فيها .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

المطلب الأول

للنيابة العامة حق تحريك ومباشرة الدعوى الجنائية

النيابة العامة هي صاحبة الدعوى الجنائية^(١) ، بجانب المدعى العام الإشتراكي ، والذي نص عليه الدستور المصرى الدائم ، وذلك فى المادة (١٧٩)^(٢) ، فى الختود التى ينظمها القانون الوضعى المصرى رقم (٩٥) لسنة ١٩٨٠ ، والخاص بحماية القيم من العيب " المواد (١٦ - ٢٦) منه " ، والنيابة العسكرية ، والتى تتولى التحقيق ، والإحالة إلى القضاء ، بالنسبة إلى الجرائم العسكرية ، والتى تدخل فى ولاية القضاء العسكرى فتتص المادة (٢١) من قانون السلطة القضائية المصرى رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢^(٣) على أنه

" تمارس النيابة العامة الاختصاصات المخولة لها قانونا ، ولها دون غيرها رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها مالم ينص القانون على خلاف ذلك " .

كما تنص المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية المصرى^(٤) على أنه :

" تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ولا ترفع من غيرها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون .

(١) انظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التفاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٨١ .

٢ - والى تنص على أنه :

" يكون المدعى العام الإشتراكي مسئولاً عن اتخاذ الإجراءات التى تكفل تأمين حقوق الشعب وسلامة المجتمع ونظامه السياسى ، والحفاظ على المكاسب الإشتراكية والتزام السلوك الإشتراكي ومجده القانون اختصاصاته الأخرى ويكون خاضعا لرقابة مجلس الشعب وذلك كله على الوجه المبين فى القانون " .

٣ - والمنشور بالجريدة الرسمية ، العدد (٤٠) ، فى (٥) أكتوبر سنة ١٩٧٢

٤ - والمنشور بالوقائع المصرية ، العدد (٩٠) ، فى (١٥) أكتوبر سنة ١٩٥١ ، والمعدل بالقانون الوضعى المصرى رقم (١٧٤) لسنة ١٩٩٨

ولايجوز ترك الدعوى الجنائية أو وقفها أو تعطيل سيرها إلا في الأحوال المبينة في
القانون " .

المطلب الثانى

دور النيابة العامة فى الخصومة المدنية

نقسم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المطلب إلى ستة فروع متتالية ، وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول : الدعاوى القضائية التى ترفعها النيابة العامة - بوصفها النائبة عن المجتمع ، والممثلة له - دفاعا عن المصالح العامة له ، وحفاظا على النظام العام ، والآداب العامة " النيابة العامة كطرف أصلى فى الخصومة القضائية المدنية " .

الفرع الثانى : عندما ترفع النيابة العامة الدعوى القضائية المدنية ابتداء ، فإنها تريد أن تدافع عن مركز قانونى يوجب عليها القانون حمايته ، أو الإشتراك فى حمايته ، فتبادر إلى رفع الدعوى القضائية ، وتقف فيها موقف المدعى ، كلما وجدت الحاجة إلى حماية هذا المركز بواسطة القضاء .

الفرع الثالث : قد تكون النيابة العامة طرفا أصليا فى الخصومة القضائية المدنية ، دون أن تشغل مركز المدعى فيها .

الفرع الرابع : أيا كان المركز الإجرالى الذى تشغله النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية " مدع ، أو مدع عليه " ، فإنها تعد طرفا فيها ، تكون لها بهذه الصفة مالم خصوم من حقوق ، ويقع عليها مايقع عليهم من واجبات ، وأعباء " المادة (٨٧) من قانون المرافعات المصرى " .

الفرع الخامس : قصر حق النيابة العامة فى رفع الدعاوى القضائية المدنية على الحالات التى نص عليها القانون على سبيل الحصر " المادة (٨٧) من قانون المرافعات المصرى " .

الفرع السادس : النيابة العامة كعضو متدخل في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها ، أو بحسب الإصطلاح الشائع باعتبارها طرفاً منضماً .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :



الفرع الأول

الدعاوى القضائية التي ترفعها النيابة العامة - بوصفها
النائبة عن المجتمع ، والممثلة له - دفاعا عن المصالح
العامة له ، وحفاظا على النظام العام ، والآداب العامة
" النيابة العامة كطرف أصلى فى الخصومة القضائية
المدنية المنعقدة بين أطرافها "

بالنسبة للمسائل المدنية ، فإن المشرع الوضعى المصرى قد اعترف للنيابة العامة -
بوصفها النائبة عن المجتمع المصرى ، والممثلة له - بالصفة فى رفع الدعاوى
القضائية التى تتعلق بالمصالح العام^(١) ، وبالتدخل - وجوبا ، أو جوازا - فى الدعاوى
القضائية المدنية المرفوعة من غيرها ، لتبدى رأيها فيها * المواد (٨٧) - (٩٦) من
قانون المرافعات المصرى^(٢) .

١ - كالدعوى بطلب شهر إفلاس تاجر ، طبقا للمادة (٥٥٢) من قانون التجارة المصرى الجديد رقم
(١٧) لسنة ١٩٩٩ - والمعدل بالقانون الوضعى المصرى رقم (١٦٨) لسنة ٢٠٠٠ - ودعوى حل
جمعية من الجمعيات ، طبقا لنص المادة (٦٦) من القانون المدنى المصرى ، وكذلك النيابة العامة لحماية
عديمى الأهلية ، وناقضها ، والغائبين ، والمفقودين فى الدعاوى القضائية الخاصة بهم ، طبقا للفقرة الأولى
من المادة (٨٩) من قانون المرافعات المصرى ، وتدخلها فى الدعاوى القضائية المتعلقة بالنظام العام ، أو
الآداب ، طبقا للفقرة السادسة من المادة (٨٩) من قانون المرافعات المصرى .

٢ - فى دراسة دور النيابة العامة فى الخصومة المدنية ، أنظر : نجيب بكير : دور النيابة العامة فى قانون
المرافعات ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون ، لكلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ومبنيها .
سنة ١٩٧٤ ، أحمد ماهر زغلول - الموجز - ١٩٩١ - بند ١٢٣ ، ومبنيها ص ١٩٦ ، ومبنيها ،
عاشور مبروك - الوسيط - الكتاب الأول - ص ١٧٣ ، ومبنيها ، أحمد هندى - قانون المرافعات
المدنية ، والتجارية - التنظيم القضائى ، الاختصاص - والدعوى - ١٩٩٥ - دار الجامعة الجديدة للنشر
بالأسكندرية - بند ١٦٣ (ج) ، ص ٥٠٤ ، ٥٠٥ .

ولايسرى حكم المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى بعد تعديلها على سلطة النيابة العامة فى رفع الدعوى القضائية ، أو التدخل فيها ، أو الطعن فى الحكم القضائى الصادر فيها ، والأحوال التى يجيز فيها القانون الوضعى المصرى رفع الدعوى القضائية ، أو الطعن فى الحكم القضائى الصادر فيها ، أو التظلم من غير صاحب الحق . فتنص المادة الثالثة مكرر من قانون المرافعات المصرى ^(١) على أنه :

" لايسرى حكم المادة السابقة ^١ على سلطة النيابة العامة طبقا للقانون فى رفع الدعوى والتدخل والطعن على أحكامها ، كما لايسرى أيضا على الأحوال التى يجيز فيها القانون رفع الدعوى أو الطعن أو التظلم من غير صاحب الحق فى رفعه حماية لمصلحة شخصية يقررها القانون " .

وتواجه هذه الحالات سلطات النيابة العامة فى التقاضى ، كما تواجه سلطات الممثل القانونى ، أو الإتفاقى للخصوم فى الدعوى القضائية ، ومن ينوب عن غيره فى اتخاذ الإجراءات القضائية - سواء كانت النيابة قضائية ، أم قانونية ، أم اتفاقية .

١ - والمضافة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ ، والمنشور بالجريدة الرسمية ، العدد (١٩) مكرر ، فى ١٩٩٦/٥/٢٢ .

٢ - ويقصد بها المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى ، والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ ، والمنشور بالجريدة الرسمية ، العدد (١٩) مكرر ، فى ١٩٩٦/٥/٢٢ . والنقطة تنص على أنه :

" لا تقبل أى دعوى كما لا يقبل أى طلب أو دفع إستنادا لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر ، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة بقررها القانون . ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند الراجع فيه . وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها ، فى أى حالة تكون عليها الدعوى ، بعدم القبول فى حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرتين السابقتين . ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعى بغرامة إجرائية لا تزيد عن خمسمائة جنيه إذا تبين أن المدعى قد أساء استعمال حقه فى التقاضى " .

الفرع الثانى

عندما ترفع النيابة العامة الدعوى القضائية المدنية ابتداء ، فاتها تريد أن تدافع عن مركز قانونى يوجب عليها القانون حمايته ، أو الإشتراك فى حمايته ، فتبادر إلى رفع الدعوى القضائية ، وتقف فيها موقف المدعى ، كلما وجدت الحاجة إلى حماية هذا المركز بواسطة القضاء

قد تريد النيابة العامة أن تدافع عن مركز قانونى يوجب عليها القانون الوضعى حمايته ، أو الإشتراك فى حمايته ، فتبادر إلى رفع الدعوى القضائية ، وتقف فيها موقف المدعى ، كلما وجدت الحاجة إلى حماية هذا المركز بواسطة القضاء ، ولأن نشاطها فى هذه الحالة يستند إلى واجب خاص محدد يفرضه عليها القانون الوضعى ، وذلك فى خصوص المركز القانونى المراد حمايته ، فإن سلطتها فى رفع الدعوى القضائية عندئذ لا تقوم إلا إذا نص القانون الوضعى على ذلك " المادة (٨٧) من قانون المرافعات المصرى " . فتسبب الحق فى الدعوى القضائية المدنية للنيابة العامة فى هذه الحالة يكون مشروطا بوجود نص قانونى وضعى صريح يخولها هذه السلطة ، فإذا لم يرد نصا قانونيا وضعيا خاصا يعترف بهذه السلطة للنيابة العامة ، فإنه لا يجوز لها أن ترفع الدعوى القضائية المدنية ابتداء ، ولو تعلق الأمر بالنظام العام (١) .

ووفقا للمادة (٤٢٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، فإن للنيابة العامة فى فرنسا - ولو لم يرد نصا قانونيا خاصا بذلك - الحق فى رفع الدعاوى القضائية ، دفاعا عن النظام العام ، وذلك إذا طرأ ما يهدده (٢) .

١ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الاختصاص ، بند ١٢٦ ، ص ٢٠٤ .

٢ - أنظر :

NORMAND : Obs . R . T . D . C . 1974 - 104 , sous : Paris , 30 Juin . 1972 , 9 Mars 1973 .

وفى انتقاد ذلك ، أنظر :

VINCENT : OP . CIT . , P . 223 .

الفرع الثالث

قد تكون النيابة العامة طرفاً أصلياً فى الخصومة القضائية المدنية ، دون أن تشغل مركز المدعى فيها

قد تكون النيابة العامة طرفاً أصلياً فى الخصومة القضائية المدنية ، دون أن تشغل مركز المدعى فيها ، ويتحقق ذلك حينما يرفع أحد أصحاب الشأن دعوى قضائية ، يعترض فيها على قرار اتخذته النيابة العامة - إعمالاً لسلطانها القانونية فى حماية بعض المراكز القانونية - فتتسأ نتيجة لذلك خصومة قضائية مدنية ، تشغل فيها النيابة العامة مركز المدعى عليه (١) .

(١) أنظر : فستحي والى : المرجع السابق ، ص ٤٠٢ ، وجدى راغب فهمى : المرجع السابق ، ص ٢٠٦ ، محمود محمد هاشم : المرجع السابق ، ص ٢٧٠ ، ٢٧١ ، أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص ، بند ١٢٦ ، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ .

الفرع الرابع

أيا كان المركز الإجرائي الذي تشغله النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية " مدع ، أو مدع عليه " ، فإنها تعد طرفاً في الخصومة القضائية المدنية ، تكون لها بهذه الصفة مآللخصوم من حقوق ، ويقع عليها مايقع عليهم من واجبات ، وأعباء " المادة (٨٧) من قانون المرافعات المصري "

أيا كان المركز الإجرائي الذي تشغله النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية " مدع ، أو مدع عليه " ، فإنها تعد طرفاً في الخصومة القضائية المدنية ، تكون لها بهذه الصفة مآللخصوم من حقوق ، ويقع عليها مايقع عليهم من واجبات ، وأعباء " المادة (٨٧) من قانون المرافعات المصري " . ومن ثم ، فإنه يثبت لها الحق في تسييرها ، وتوجيهها ، وحضور إجراءات التحقيق فيها ، كما تتمتع بسلطات الطرف في الدعوى القضائية . وبالتالي ، يجوز لها تقديم أى طلب ، أو دفع فيها ، كما يكون الحق في الطعن في الحكم القضائي الصادر فيها ^(١) .

١ - أنظر : رمزي سيف : الوسيط ، بند ٦١ ، ص ٨٧ ، أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية ، والتجارية ، بسند ٧١ ، ص ٨٩ ، فصي والى : الوسيط ، بند ٢١٣ ، ص ٣٩٤ ، صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض في قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٩٩ ، ص ١٧٧ .

الفرع الخامس

قصر حق النيابة العامة في رفع الدعاوى القضائية المدنية على الحالات التي نص عليها القانون على سبيل الحصر " المادة (٨٧) من قانون المرافعات المصري "

يقصر جانب من الفقه حق النيابة العامة في رفع الدعاوى القضائية المدنية على الحالات التي نص عليها القانون الوضعي على سبيل الحصر ، بحيث إذا لم يوجد نص قانوني وضعيا صريحا يرخص للنيابة العامة رفع دعوى قضائية ابتداء أمام المحاكم المدنية ، فإنه لايجوز لها ذلك ، حتى ولو تعلق موضوعها بالنظام العام ^(١) . فسلطة النيابة العامة في رفع الدعوى القضائية ابتداء أمام المحاكم المدنية لا تقوم إلا إذا نص القانون الوضعي على ذلك صراحة " المادة (٨٧) من قانون المرافعات المصري " ، فثبت الحق في رفع الدعوى القضائية المدنية أمام المحاكم المدنية للنيابة العامة ابتداء يكون مشروطا بوجود نص قانوني وضعي صريح يخولها هذه السلطة ، فإذا لم يرد نص قانوني وضعيا خاصا يعترف بهذه السلطة للنيابة العامة ، فإنه لايجوز لها أن ترفع الدعوى القضائية المدنية ابتداء ، ولو تعلق الأمر بالنظام العام ^(٢) .

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الحالات المقررة قانونا ، والتي خول فيها للنيابة العامة الحق في رفع دعاوى قضائية مدنية مبتدأة لم ترد على سبيل الحصر ، لاستحالة حصر المسائل المتعلقة بالنظام العام ، والآداب العامة في النظام القانوني الوضعي ، تبعا لاستحالة تحديد فكرة النظام العام ، والآداب فيه . فإذا كانت المادة (٨٧) من قانون المرافعات المصري تخول للنيابة العامة الحق في رفع الدعوى القضائية المدنية المبتدأة أمام المحاكم المدنية في الحالات المقررة قانونا ، ويكون لها عندئذ مالمخصص من حقوق ، وعليها ماعليهم من واجبات ، فإن هذا لايعنى أن حالات التدخل الجوازي للنيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها لا تدخل في الحالات المقررة قانونا ، لأن

^(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط في قانون القضاء المدنى - الطبعة الثانية - بند ٢١٢ ، ص ٤٠٢ .

٢ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز في أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص ، بند ١٢٦ ، ص ٢٠٤ .

تدخل النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها عندئذ فى ذاته يعتبر من قبيل الدعاوى القضائية ، فهو لايعتبر تدخلا إنضماميا لأحد الأطراف فيها ، وإنما هو تدخلا للمصلحة العامة ، حيث لا تنضم فيه النيابة العامة للمصلحة المدعى ، وللمصلحة المدعى عليه ، بل قد تسعى إلى تطبيق قاعدة قانونية يملئها الصالح العام ، ولاتتفق مع مصلحة أى منهما ^(١) ومن ثم ، لا يكون هناك ثمة فارق بين تدخلها على هذا النحو كمدعية ، وبين قيامها برفع دعوى قضائية مدنية مبتدأة كمدعية كذلك ، وإلا لكان هناك تناقضا فى مسلك المشرع الوضعى بالنسبة للموضوع الواحد ، إذ تتدخل فيه النيابة العامة مرة ، أو تقيم بشأنه دعوى قضائية مدنية مبتدأة مرة أخرى ^(٢) .

ومما يؤكد سلامة هذا الإستنتاج - من وجهة نظر هذا الجانب من الفقه - ما أوضحتة المذكورة الإيضاحية عن دور النيابة العامة فى هذا الصدد ، من أنها الممثلة للصالح العام فى المجتمع ، والأمانة على مصلحة القانون الوضعى ، وهو نفس دور المحتسب فى العصور الإسلامية الأولى . لذا ، يرى هذا الجانب من الفقه أن للنيابة العامة الحق كل الحق فى إقامة أية دعوى قضائية مدنية مبتدأة تتعلق بالنظام العام - أى بحق من حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - بلغة الأصوليين ، لأن رعاية الأمور المتعلقة بالنظام العام ، أو بالصالح العام تكون من صميم اختصاصات النيابة العامة ، ولأن إجازة المشرع الوضعى لها بالقيام بالتدخل فى خصومة قضائية مدنية منعقدة بين أطرافها تمس النظام العام ، أو الآداب تعنى حرصه على الدفاع عن النظام العام بواسطة النيابة العامة ، فكيف لايسعى المشرع الوضعى لهذا الدفاع بواسطة النيابة العامة عن طريق دعوى قضائية مدنية مبتدأة تقيمها ، إذا تقاعس الأفراد ، والجماعات فى المجتمع عن هذا الدفاع ؟ ^(٣) .

^(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٢١٤ ، ص ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، حسن الليلى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١١٤ ، ص ١٥٤ .

^(٢) أنظر : حسن الليلى - الإشارة المقدمة

^(٣) أنظر : حسن الليلى - أصول القضاء المدنى - ص ٤٦ ، ٤٧ ، دعاوى الحسبة - بند ١١٤ ص ١٥٥ .

ووفقاً للمادة (٤٢٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، فإن للنيابة العامة فى فرنسا -
ولو لم يرد نصاً قانونياً خاصاً بذلك - الحق فى رفع الدعاوى القضائية ، دفاعاً عن النظام
العام ، وذلك إذا طرأ ما يهدده (١) .

١ - أنظر :

NORMAND : Obs . R . T . D . C . 1974 - 104 , sous : Paris , 30
Juin . 1972 , 9 Mars 1973 .

ولى انتقاد ذلك ، أنظر :

VINCENT : OP . CIT . , P . 223 .

الفرع السادس

النيابة العامة كعضو متدخل فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها ، أو بحسب الإصطلاح الشائع باعتبارها طرفاً منضماً (١)

تمهيد ، وتقسيم :

يعترف القانون الوضعى للنيابة العامة - باعتبار وظيفتها فى الدفاع عن المصلحة العامة ، والنظام العام - بالحق فى التدخل فى خصومة قضائية مدنية منعقدة بالفعل بين أطرافها ، لتبدى رأياً إستشارياً للقاضى ، فى خصوص تطبيق القواعد القانونية على المسائل المطروحة عليه ، وإقرار هذا الدور للنيابة العامة يهدف إلى معاونة القضاء ، وتوضيح الجوانب المختلفة للمسائل المعروضة عليه ، وإبداء رأيها القانونى ، ولتت نظر المحكمة إلى الأخذ بالأسباب التى تراها متعلقة بالنظام العام ، ضماناً لحسن تطبيق القانون (١) .
ولقد قضى تأكيداً لذلك بأنه : " وظيفة النيابة العامة كخصم منضم أن تبدى رأيها القانونى

١ - وهو اصطلاحاً معتمداً فى التشريع المقارن ، أنظر : المواد (٤٢١ - ٤٢٩) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٩٥) من قانون المرافعات المصرى . ولقد انتقد هذا الإصطلاح ، لأن النيابة العامة فى تدخلها قد لا تنضم إلى أحد من الخصوم فى الدعوى القضائية ، وهى فى كافة الأحوال إنما تتدخل لضمان تطبيق القانون الوضعى ، حتى ولو كان فى ذلك مما يتعارض مع المصلحة التى يدافع عنها طرف الخصومة القضائية ، ويكشف ذلك عن أن النيابة العامة بتدخلها فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها لا يمكن أن تعتبر طرفاً فيها ، وإنما هى ممثلة للمصلحة العامة فيها ، راجع فى هذا الإنتقاد ، وفى وجوه أخرى : نجيب بكير : المرجع السابق : ص ٦٤٦ ، ومابعدها ، فتحى والى : المرجع السابق ، ص ٤٠٢ ، ومابعدها ، وجدى راغب فهمى : المرجع السابق ، ص ٢٠٧ .

٢ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الاختصاص - بند ١٢٧ ، ص ٢٠٥

، وإن تلفت نظير محكمة النقض إلى الأخذ بالأسباب التي تراها متعلقة بالنظام العام^(١) .
 وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفرع إلى غصنين متتاليين ، وذلك على النحو التالي :

الغصن الأول : تدخل النيابة العامة في خصومة قضائية مدنية منعقدة بالفعل بين أطرافها قد يكون وجوبيا ، كما قد يكون جوازيا ، أو اختياريًا .

والغصن الثاني : إجراءات تدخل النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها ، وأحكامه .
 وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

١ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٣٣/٢/٢ - الموسوعة الذهبية ١٠ - ٦٨٣ - ١٦٧٤ .

الغصن الأول

تدخل النيابة العامة فى خصومة قضائية مدنية منعقدة بالفعل بين أطرافها ، أو
بين أطرافها قد يكون وجوبيا ، كما قد يكون جوازيا ، أو
اختياريا

تدخل النيابة العامة فى خصومة قضائية مدنية منعقدة بالفعل بين أطرافها ، بهدف معاونته القضاء ، وتوضيح الجوانب المختلفة للمسائل المعروضة عليه ، وإبداء رأيها القانوني فيما أبداه الخصوم من طلبات ، ودفع ، بقصد معاونته القاضي على تطبيق القانون على أكمل وجه (١) ، ولفت نظر المحكمة إلى الأخذ بالأسباب التي تراها متعلقة بالنظام العام ، ضمانا لحسن تطبيق القانون الوضعي قد يكون وجوبيا ، يفرضه عليها القانون الوضعي ، كما قد يكون جوازيا ، أو اختياريا ، أى يفوضه القانون الوضعي لمطلق تقديرها .

وتبدو أهمية هذا التمييز فى تحديد الجزاء المترتب على عدم تدخل النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها فى الحالتين ، ففى حالة التدخل الوجوبى للنيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية القائمة بالفعل بين أطرافها ، فإن مفاد نص المادة (٨٨) من قانون المرافعات المصرى أنه إذا لم تتدخل النيابة العامة فى الحالات التى ينص فيها القانون الوضعي على وجوب تدخلها ، فإن الحكم القضائي الصادر عندئذ يكون باطلا ، وهو بطلانا يتعلق بالنظام العام . ومن ثم ، فإنه يجوز للخصوم فى الدعوى القضائية المدنية أن يتمسكوا به فى أية حالة تكون عليها الإجراءات ، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) ، كما تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها (٣) ،

١ - أنظر :

VINCENT : Proc , Civ . ed . 19 , Paris . 1978 , NO . 182 .

وانظر أيضا : صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض فى قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٩٩ ، ص ١٧٨ .

٢ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائي ، ونظرية الاختصاص ، بند ١٢٧ ص ٢٠٦ .

وانظر أيضا : نقض مدني مصرى - جلسة ١٩٧١/١/١٩ - المجموعة ٢٢ - ٤٦ ، ١٩٧١/٣/٢٣ - المجموعة ٢٢ - ٣٦٣ .

بالسرغم من معارضة أصحاب الشأن^(١) ، ويستوى في ترتيب البطلان عندئذ أن تكون الدعوى القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها في الأصل من الدعاوى القضائية المدنية التي يوجب القانون الوضعي فيها تدخل النيابة العامة ، أم تكون المسألة التي يجب أن تتدخل فيها النيابة العامة قد أثرت أثناء نظر الدعوى القضائية المدنية الأصلية المنعقدة بالفعل بين أطرافها كمسألة أولية .

ولا يصدق هذا بالنسبة للتدخل الإختياري للنيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها ، لأن هذا التدخل يعود أمره إلى النيابة العامة نفسها ، فلها مطلق الحرية في التدخل ، أو عدم التدخل ، حسبما تقدره في كل حالة ، وليس للخصوم فنى الدعوى القضائية المدنية أن يعترضوا على قرارها - أي كان - فإذا قررت عدم التدخل ، فلا أثر لذلك على صحة الحكم القضائي الصادر عندئذ في الدعوى القضائية المدنية^(٢) ، بشرط أن تكون النيابة العامة قد اتخذت قرارا بالفعل بعدم تدخلها في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها^(٣) . أما إذا كانت النيابة العامة قد صودر عنها حق اتخاذ هذا القرار ، لعدم القيام أصلاً بواجب إخطارها بالدعاوى القضائية المدنية التي يجوز لها التدخل فيها ، فإن الحكم القضائي الصادر عندئذ يكون

٣ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الإشارة المقدمة .

وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٧/١١/٣ - المجموعة ٢٨ - ١٧٢٩ .

١ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٨/٤/١١ - المجموعة ١٩ - ٧٥٥ .

٢ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز في أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائي ، ونظرية الإختصاص ، بند ١٢٧ ، ص ٢٠٦ .

وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٥٢/١/٢٤ - الموسوعة ١٠ - ٦٩٢ - ١٦٨٩ .

٣ - أنظر : صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض في قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٩٩ ، ص ١٨١ .

وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٥٢/١/٢٤ - مجموعة النقض - س (٣) ، - ص ٣٢٨ ، ١٩٥٦/٣/١٥ - إخمamah المصرية - س (٣٧) - ص ٤٣٥ .

باطلا بطلانا نسبيا (١) ، ليس للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، وإنما يتوقف الحكم به على تمسك الخصم صاحب المصلحة بتوقيعه (٢) ، ويشترط أن يبدى قبل الكلام في موضوع الدعوى القضائية المدنية (٣) ، فلا يمكن التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض (٤) ، فإذا تمسك به الخصم صاحب المصلحة ، وأغفلت المحكمة الرد عليه ، فإنها تكون قد التفتت عن دفاع جوهرى ، يتغير به وجه الرأى فى الدعوى القضائية المدنية ، ويكون حكمها القضائى الصادر عندئذ باطلا ، لقصوره فى التسبيب (٥) .

حالات التدخل الوجوبى للنياية العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها :

تنص المادتان (٨٨) ، (٩٠) من قانون المرافعات المصرى على ثلاثة حالات يجب على النياية العامة أن تتدخل فيها فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها ، وهذه الحالات هى :

الطائفة الأولى - الدعوى القضائية المدنية التى يكون للنياية العامة أن ترفعها إبتداء :

كأن ترفع دعوى شهر افلاس تاجر عن غير طريق النياية العامة . فعندئذ ، يجب عليها أن تتدخل فيها .

١ - أنظر : فتحى والى : المرجع السابق ، ص ٤٠ ، محمد عبد الحائق عمر : المرجع السابق ، ص ٣٢٧ ، أحمد ماهر زغلول : الإشارة المقدمة .

٢ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ونظرية الاختصاص ، بند ١٢٦ ، ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .
وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٦/٣/١٥ - الموسوعة الذهبية ١٠ - ٦٨٣ - ١٦٧٥

٣ - أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/٣/٥ - سبق الإشارة إليه .

٤ - أنظر : نقض مدنى مصرى ، جلسة ١٩٧١/٣/١٨ ، المجموعة ٢٢ ، ٣٥٩ .

٥ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الاختصاص - بند ١٢٧ ، ص ٢٠٧ .
وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٤/٤/٩ - المجموعة ٢٥ - ٦٤٩ .

والطائفة الثانية - في جميع الحالات التي ينص فيها القانون الوضعي على وجوب تدخل النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها : ومثال ذلك : ما تنص عليه المادة (٨٨) من قانون المرافعات المصري من أنه يجب على النيابة العامة التدخل في الطعون ، والطلبات أمام محكمة النقض ، ويشمل نطاق هذا التدخل الطعون ، والطلبات في المسائل المدنية ، والتجارية ، ومسائل الأحوال الشخصية ، وتقوم بالتدخل عندئذ نيابة النقض ، وهي نيابة مستقلة تمارس وظيفة النيابة العامة أمام محكمة النقض المصرية .

فيكون للمحكمة - وبصريح نص المادة (٩٠) من قانون المرافعات المصري - في أية حالة تكون عليها الدعوى القضائية ، أن تأمر بإرسال ملف القضية إلى النيابة العامة ، إذا عرّضت فيها مسألة تتعلق بالنظام العام ، أو الآداب ، ويكون تدخل النيابة العامة في هذه الحالة وجوبيا ، كما يكون تقدير المحكمة بتعلق المسألة بالنظام العام ملزما للنيابة العامة ، يرتب في مواجهتها أثره ، وهو وجوب تدخلها في الدعوى القضائية المدنية ^(١) . ولقد بررت المذكرة الإيضاحية هذا الحكم بالقول بأنه : " دعوة المحكمة للنيابة بالتدخل هو تسليمها منها برغبتها في الاستعانة برأي النيابة العامة في الدعوى القضائية ، وعلى اعتبار أن النيابة العامة هي الممثلة للصالح العام ، والأمين على مصلحة القانون ، ولأنه لا يصبح حرمان القضاء من عون ضروري سعى هو إلى طلبه ، تحقيقا للعدالة . وبهذا ، تتحقق الجنوى من إرسال ملف الدعوى القضائية إلى النيابة العامة " .

حالات التدخل الجوازي للنيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها :

ينص الحق في التدخل الجوازي للنيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية القائمة بالفعل بين أطرافها في خصوص طائفتين أساسيتين من الحالات ، والتي نصت عليهما المادة (٨٩) من قانون المرافعات المصري ، وهاتان الطائفتان هما :

الطائفة الأولى - في كل حالة ينص فيها القانون الوضعي المصري على جواز تدخل النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها :

١ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز في أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائي ، ونظرية الاختصاص ، بند ١٢٨ ، ص ٢٠٩ .

وهى الدعاوى القضائية المدنية الخاصة بعديمى الأهلية ، وناقصيها ، والغائبين ، والمفقودين ، والدعاوى القضائية المتعلقة بالأوقاف الخيرية ، والهبات ، والوصايا المرصدة للبر ، وعدم الإختصاص ، لانتفاء ولاية القضاء ، ودعاوى رد القضاة ، وأعضاء النيابة العامة ، ومخاصمتهم ، والصلح الواقع من الإفلاس .

والطائفة الثانية - الدعاوى القضائية التى تتعلق بالنظام العام ، أو الآداب :
وتقدير تعلق الدعوى القضائية بالنظام العام ، أو الآداب هو من المسائل المتروكة للنيابة العامة (١) .

١ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص ، بند ١٢٩ ، ص ٢١١

والغرض الثاني

إجراءات تدخل النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها ، وأحكامه

أيا كان نوع تدخل النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها ، فإنه يرتبط بوجود مسألة مطروحة فيها ، يتطلب القانون الوضعى ، أو يجيز التدخل . فيقوم الحق فى تدخل النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها بمجرد توافر مفترضه ، دون اعتداد بالنظام الإجرائى الذى أثرت بواسطته هذه المسألة أمام القضاء ، فيستوى أن تكون هذه المسألة قد طرحت على القضاء باعتبارها طلبا أصليا ، أم باعتبارها طلبا عارضا ، أم مجرد مسألة أولية أثرت فى نطاق خصومة الدعوى القضائية المدنية (١) .

وتنص المادة (٩٢) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" فى جميع الأحوال التى ينص فيها القانون على تدخل النيابة العامة ، يجب على قلم كتاب المحكمة إخبار النيابة كتابة بمجرد قيد الدعوى . فإذا عرضت أثناء نظر الدعوى مسألة منا تتدخل فيها النيابة ، فيكون إخطارها بناء على أمر من المحكمة " .

ومفاد النص المتقدم ، أنه إذا كان تدخل النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها يتعلق بدعوى قضائية مبتدأة ، فإن عبء القيام بإخطارها بوجود دعوى قضائية مدنية ، أو مسألة مما تتدخل فيها يقع على عاتق قلم كتاب المحكمة المختصة بنظرها ، والذى يلتزم - ومن تلقاء نفسه - بإخطار النيابة العامة كتابة بمجرد قيد الدعوى القضائية .

وإذا كان تدخل النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها يتعلق بمسألة عرضت بمناسبة نظر الدعوى القضائية ، فإن إخطارها بوجود دعوى قضائية مدنية ، أو مسألة مما تتدخل فيها يعتمد على صدور أمر من المحكمة المختصة بنظرها ، يقع عبء تنفيذه على عاتق قلم كتابها ، والذى يقوم بعد إخطار النيابة العامة

١ - أنظر : فتحى والى : المرجع السابق ، ص ٤٠٦ ، أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الاختصاص ، بند ١٢٧ ، ص ٢٠٧ .
وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٩/١/١٥ - المجموعة ١٠ ، ٥٨

بوجود دعوى قضائية مدنية ، أو مسألة مما تتدخل فيها ، وذلك بإرسال ملف القضية إليها ، مشتملا على مستندات الخصوم في الدعوى القضائية المدنية ، ومذكراتهم " المادة (٩٣) من قانون المرافعات المصري " ، ولاتملك المحكمة المختصة بنظر الدعوى القضائية عندئذ أية سلطة تقديرية في إصدار هذا الأمر ، فهي تلتزم بإصداره في كل الأحوال التي ينص فيها القانون الوضعي على تدخل النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها (١) .

ولا يعد إخطار النيابة العامة بوجود دعوى قضائية مدنية ، أو مسألة مما تتدخل فيها شرطا لتدخلها ، فهي تستطيع أن تتدخل في الدعوى القضائية المدنية من تلقاء نفسها ، إذا علمت بقيامها عن طريق آخر غير إخطار قلم كتاب المحكمة المختصة بنظرها (٢) .

ويمكن للنيابة العامة أن تتدخل في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها في أية حالة تكون عليها ، بشرط أن يكون ذلك قبل إقفال باب المرافعة فيها . ومع ذلك ، فإنه إذا عن للنيابة العامة أن تتدخل في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها ، وذلك بعد قفل باب المرافعة فيها ، فإنها تستطيع أن تتقدم بطلب إعادة فتح باب المرافعة من جديد ، ليتسنى لها مباشرة تدخلها فيها . وإذا كان الأصل أن فتح باب المرافعة في الدعوى القضائية المدنية هو سلطة جوازية للمحكمة المعروضة عليها (٣) ، إلا أنه وفي حالات التدخل الوجوبى للنيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها ، فإنه يجب على المحكمة أن تستجيب لطلب النيابة العامة بإعادة فتح

١ - أنظر : رمزي سيف : المرجع السابق ، بند ٦٦ ، فتحى والى : المرجع السابق ، ص ١٠٦ ، أحمد ماهر زغلول : الموجز في أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائي ، ونظرية الإختصاص ، بند ١٣٠ ، ص ٢١١ .

٢ - أنظر : محمد عبد الحائق عمر : المرجع السابق ، ص ٣٢٣ ، أحمد ماهر زغلول : الإشارة المتقدمة

٣ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : أعمال القاضي القى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها ، بند ٦٣ .

باب المرافعة من جديد فى الدعوى القضائية المدنية ، وتفتح باب المرافعة من جديد ، لتتقضى بطلان الحكم القضائى الصادر فيها عندئذ ، دون تدخل النيابة العامة فيها (١) . وإذا تدخلت النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها ، فإنها لاتعد طرفا فيها ، وإنما تتدخل فيها بالحالة التى تكون عليها (٢) . وإن كان الإصطلاح التشريعى ، والفقهى قد جرى على تسمية النيابة العامة عندئذ بالطرف المنضم (٣) ، وهى تسمية معينة . فمن ناحية ، هى ليست طرفا ، لأن الطرف يسعى إلى تحقيق مصلحة ذاتية ، بينما النيابة العامة تسعى بتدخلها إلى تطبيق القانون الوضعى ، عن طريق إيداء الرأى فيما أبداه الخصوم من طلبات ، ودفع . ومن ناحية أخرى ، ليست منضمة ، لأنها لاتتنضم إلى المدعى ، أو المدعى عليه ، إذ قد لايتفق تطبيق القانون الوضعى مع مصلحة أحدهما . ولذلك ، فهى لاتعتبر بتدخلها طرفا ، وإنما تعتبر ممثلة للمصلحة العامة فى خصومة قضائية بين آخرين (٤) .

وتتدخل النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها كعضو محايد ، يسعى إلى تطبيق القانون الوضعى على وجه صحيح ، فتملك إيداء جميع الدفع المتعلقة بالنظام العام - كالدفع بانتفاء الولاية القضائية ، والدفع بعدم اختصاص المحكمة نوعيا بنظر الدعوى القضائية - دون الدفع الموضوعية التى ترتبط بمصلحة خاصة

١ - أنظر : محمد عبد الخالق عمر : المرجع السابق ، ص ٣٢٣ ، أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص ، بند ١٣٠ ، ص ٢١٤ ، الخامس رقم (٣) .

٢ - أنظر : أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص ، الكتاب الأول ، بند ١٣١ ، ص ٢١٤ .

٣ - أنظر : مورييل : المرجع السابق ، بند ١٥٩ ، ص ١٤٩ ، محمد حامد فهمى : المرجع السابق ، بند ١٨٢ ، ص ١٩٢ ، رمزى سيف : الوسيط ، بند ٦١ ، ص ٨٨ ، عبد النعم الشوقاوى : شرح المرافعات ، بند ١٠٣ ، ص ١٥٩ ، أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية ، والتجارية ، بند ٧٠ ، ص ٨٧ .

٤ - أنظر : فتحى والى : الوسيط ، بند ٢١٤ ، ص ٣٩٥ .

للخصوم فيها - كالدفع بالمقاصة القانونية^(١) - وتقتصر سلطتها على التعقيب على مايقدمه الخصوم فيها من طلبات قضائية ، ودفع ، وإيداع الرأى القانونى بشأنها ، وإثارة كل مايتعلق بالتطبيق القانونى على وقائعها المطروحة أمام المحكمة .

ولأن النيابة العامة لاتعد طرفا فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها ، والتي تدخلت فيها ، فإنه لايبث لها الحق فى تسييرها ، وتوجيهها ، أو حضور إجراءات التحقيق فيها^(٢) ، فلا تتمتع بسلطات الطرف فى الدعوى القضائية . وبالتالي ، لايجوز لها تقديم أى طلب ، أو دفع فيها ، إلا إذا تعلق الدفع بالنظام العام^(٣) وإذا تدخلت النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها ، فإنه يكون لها الحق فى طلب ميعاد للإستعداد ، وتقديم مذكرة بأقوالها . ولقد حددت المادة (٩٣) من قانون المرافعات المصرى هذا الميعاد بسبعة أيام على الأقل ، يبدأ من اليوم الذى يرسل فيه للنيابة العامة ملف القضية ، مشتملا على مذكرات الخصوم فى الدعوى القضائية المدنية ، ومستنداتهم .

ويتم تدخل النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها - كقاعدة - بواسطة تقديم مذكرة مكتوبة برأىها ، فلا يشترط حضورها ، إلا إذا نص القانون للوضعى صراحة على وجوب ذلك " المادة (١/٩١) من قانون المرافعات المصرى "^(٤) ، وفى وجود مثل هذا النص القانونى للوضعى الصريح ، فإنه يجب على ممثل النيابة العامة أن يحضر الجلسات ، ولايكفى عندئذ إرسال مذكرة برأى النيابة العامة

١ - أنظر : فتحي والى : المرجع السابق ، ص ٤٠٧ - المتن ، والهوامش الملحقه به ، أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص ، بند ١٣١ ، ص ٢١٤ .

٢ - أنظر : فتحي والى : المرجع السابق ، ص ٤٠٧ ، أحمد ماهر زغلول : الإشارة المقدمة .

٣ - أنظر : صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض فى قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٩٩ ، ص ١٧٩ .

٤ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص ، بند ١٣٠ ، ص ٢١٢ .
وقارن : محمد كمال عبد العزيز : المرجع السابق ، ص ٢٣٢ .

، وإلا كان الحكم القضائي الصادر عندئذ باطلاً^(١). كما أنه في الحالات التي يجب فيها حضور النيابة العامة، فإنه لا يكفي الحضور في ذاته، وإنما يجب أن تبدي النيابة العامة رأيها؛ ولا يلزم حضورها في جلسة النطق بالحكم القضائي "المادة (٢/٩١) من قانون المرافعات المصري".

وأما كانت وسيلة تدخل النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها، ومثولها فيها، فإنه لا يشترط في إيداء رأيها شكلاً معيناً، أو صيغة محددة^(٢)، ويكفي أن تبدي رأيها مرة واحدة، فلا يلزم أن تبديه في كل خطوة من خطوات الدعوى القضائية المدنية، إذ يحمل سكوتها على أنها لم تغير رأيها السابق^(٣).

وتعتبر النيابة العامة قد أبدت رأيها في الدعوى القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها إذا فوضت الرأي للمحكمة^(٤)، أو طلبت إجراء من إجراءات التحقيق، دون أن تتناول موضوع الدعوى القضائية المدنية، ولو رفضت المحكمة طلبها^(٥)، أو طلبت إرجاء الفصل في الدعوى القضائية المدنية، لحين صدور حكم قضائي في دعوى قضائية أخرى^(٦).

وتكون النيابة العامة هي آخر من يتكلم في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها، والتي تدخلت فيها "المادة (٢/٩٥) من قانون المرافعات المصري"، حتى يتسنى لها إيداء الرأي فيما طرحه الخصوم في الدعوى القضائية من طلبات، ودفع^(٧)، فلا يجوز للخصوم في الدعوى القضائية المدنية التي تدخلت فيها النيابة

١ - أنظر: فتحى والى: المرجع السابق، ص ٤١٠، أحمد ماهر زغلول: الإشارة المقدمة.

وانظر أيضاً: نقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ - المجموعة ٢٠ - ٩٦٧.

٢ - أنظر: أحمد ماهر زغلول: الإشارة المقدمة.

٣ - أنظر: نقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ - المجموعة ١٧ - ١٩٩٦.

٤ - أنظر: نقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ - المجموعة ١٩ - ٤١٢.

(٥) أنظر: نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨ - المجموعة ٢٦ - ١١٠٣.

٦ - أنظر: نقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٨/٣/٦ - المجموعة ١٩ - ٥٢٢.

٧ - أنظر: صلاح أحمد عبد الصادق أحمد: الإشارة المقدمة.

العامة - وبعد إبداء النيابة العامة لرايها فيها - أن يطلبوا الكلام ، ولا أن يقدموا مذكرات جديدة ، وإن كان يجوز لهم أن يقدموا بياناً كتابياً ، لتصحيح الوقائع التي ذكرتها النيابة العامة في مذكرتها المقدمة إلى المحكمة " المادة (١/٩٥) من قانون المرافعات المصري " (١) .

ويكفى أن تتيح المحكمة الفرصة للنيابة العامة لكي تكون آخر من يتكلم . فإذا أتاحت المحكمة الفرصة للنيابة العامة لكي تكون آخر من يتكلم . وبالرغم من ذلك لم تمارس النيابة العامة حقها في إبداء الكلمة الأخيرة ، فإنه لا تترتب على المحكمة ، ولا وجه للنعي على حكمها القضائي الصادر عندئذ (٢) .

وإذا كانت النيابة العامة قد طلبت الكلمة ، ولم تنسح لها المحكمة هذه الفرصة ، فإن الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية المدنية عندئذ يكون باطلاً (٣) .

ويجوز للمحكمة المختصة بنظر الدعوى القضائية المدنية التي تدخلت النيابة العامة فيها - وبصفة إستثنائية - أن تأذن للخصوم بتقديم مستندات جديدة ، أو مذكرات تكميلية ، وذلك بعد إبداء النيابة العامة لرايها ، بشرط أن تعيد الدعوى القضائية المدنية للمرافعة من جديد ، وتكون النيابة العامة عندئذ هي آخر من يتكلم " المادة (٢/٩٥) من قانون المرافعات المصري " .

وقد قررت المادة (٨٨) من قانون المرافعات المصري بطلان الحكم القضائي الصادر في كل الدعاوى القضائية التي يجب على النيابة العامة أن تتدخل فيها ، إذا لم تتدخل فيها ، مهما كانت درجة التقاضي المنظورة أمامها الدعوى القضائية ، ومهما كانت الصورة التي قدمت بها الدعوى القضائية ، فسواء قدمت كدعوى قضائية أصلية ، أم في صورة

١ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز في أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائي ، ونظرية الإختصاص ، الكتاب الأول ، بند ١٣١ ، ص ٢١٤ .

٢ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز في أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائي ونظرية الإختصاص ، بند ١٣١ ، ص ٢١٥ .

٣ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨ - اجموعة ٢٦ - ١١٣٠ .

طلب عارض ، أو أثرت كمسألة أولية فى دعوى قضائية أخرى ^(١) ، فإنه يتحتم تدخل النيابة العامة فى الدعوى القضائية ، وإلا كان الحكم القضائى الصادر فيها عندئذ باطلاً ^(٢) . فإذا لم تقم النيابة العامة برفع الدعوى القضائية ، وإنما رفعها صاحب الشأن ، فإنه يجب عليها عندئذ أن تتدخل فيها ، لإبداء رأى ، وتدخلها هنا يكون تدخلا إجباريا ، بموجب نص المادة (٨٨) من قانون المرافعات المصرى .

ويرتب عدم تدخل النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها بطلان الحكم القضائى الصادر عندئذ ، مع اختلاف أحكام البطلان بحسب ما إذا كان تدخلها فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها وجوبيا ، أم جوازيا ^(٣) ، ففى حالة التدخل الوجوبى للنيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية القائمة بالفعل بين أطرافها ، فإن مفاد نص المادة (٨٨) من قانون المرافعات المصرى أنه إذا لم تتدخل النيابة العامة فى الحالات التى ينص فيها القانون الوضعى على وجوب تدخلها ، فإن الحكم القضائى الصادر عندئذ يكون باطلاً ، وهو بطلاناً يتعلق بالنظام العام . ومن ثم ، فإنه يجوز للخصوم فى الدعوى القضائية المدنية أن يتمسكوا به فى أية حالة تكون عليها الإجراءات ، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض ^(٤) ، كما تقضى به

١ - أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٨/٥/٢٣ - مجموعة أحكام النقض - السنة (١٩) - ص ٩٩٥ ، ١٩٦٣/١٢/٢٦ - السنة (١٤) - ص ١٢٣٥ ، ١٩٦٢/١١/١ - السنة (١٣) - ص ٩٦٥ .

٢ - أنظر : أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية ، والتجارية ، بند ٧١ ، ص ٩٠ ، أحمد السيد صاوى : الوسيط ، بند ٦٨ ، ص ١٢١ .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/١/١٩ - ص (٢٢) - ٤٦ - ١٠ ، ١٩٧١/٣/٢٣ - ص (٢٢) - ٣٦٣ - ٥٨ ، ١٩٧٢/١٢/٦ - ص (٢٣) - ص ١٣٢٤ - ٢٠٧ .

٣ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص ، بند ١٢٤ ، والهوامش الملحقه به .

٤ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : المرجع السابق ، بند ١٢٧ ص ٢٠٦ .
وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/١/١٩ - مجموعة ٢٢ - ٤٦ ، ١٩٧١/٣/٢٣ - المجموعة ٢٢ - ٣٦٣ .

المحكمة من تلقاء نفسها^(١) ، بالرغم من معارضة أصحاب الشأن^(٢) ، ويستوى في ترتيب البطلان عندئذ أن تكون الدعوى القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها في الأصل من الدعاوى القضائية المدنية التي يوجب القانون الوضعي فيها تدخل النيابة العامة ، أم تكون المسألة التي يجب أن تتدخل فيها النيابة العامة قد أثبتت أثناء نظر الدعوى القضائية المدنية الأصلية المنعقدة بالفعل بين أطرافها كمسألة أولية .

ولا يصدق هذا بالنسبة للتدخل الاختياري للنيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها ، لأن هذا التدخل يعود أمره إلى النيابة العامة نفسها ، فلها مطلق الحرية في التدخل ، أو عدم التدخل ، حسبما تقدره في كل حالة ، وليس للخصوم في الدعوى القضائية المدنية أن يعترضوا على قرارها - أيًا كان - فإذا قررت عدم التدخل ، فلا أثر لذلك على صحة الحكم القضائي الصادر عندئذ في الدعوى القضائية المدنية^(٣) ، بشرط أن تكون النيابة العامة قد اتخذت قرارا بالفعل بعدم تدخلها في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها^(٤) . أما إذا كانت النيابة العامة قد صودر عنها حق اتخاذ هذا القرار ، لعدم القيام أصلا بواجب إخطارها بالدعاوى القضائية المدنية التي يجوز لها التدخل فيها ، فإن الحكم القضائي الصادر عندئذ يكون باطلا بطلانا نسبيا^(٥) ، ليس للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، وإنما يتوقف الحكم به على تمسك الخصم صاحب المصلحة بتوقيعه^(٦) ، ويشترط أن يبدى قبل الكلام في

١ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٧/١١/٣ - المجموعة ٢٨ - ١٧٢٩ .

٢ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٨/٤/١١ - المجموعة ١٩ - ٧٥٥ .

٣ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٥٢/١/٢٤ - الموسوعة ١٠ - ٦٩٢ - ١٦٨٩ .

٤ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٥٢/١/٢٤ - مجموعة النقض - س (٣) - ص ٣٢٨ ، ١٩٥٦/٣/١٥ - إلهامه المصرية - س (٣٧) - ص ٤٣٥ .

٥ - أنظر : فتحي والي : المرجع السابق ، ص ٤٠٦ .

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز في أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائي ونظرية الاختصاص ، بند ١٢٦ ، ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

موضوع الدعوى القضائية المدنية^(١) ، فلا يمكن التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض^(٢) ، فإذا تمسك به الخصم صاحب المصلحة ، وأغلقت المحكمة الرد عليه ، فإنها تكون قد التفتت عن دفاع جوهرى ، يتغير به وجه الرأى فى الدعوى القضائية المدنية ، ويكون حكمها القضائى الصادر عندئذ باطلا ، لقصوره فى التسبيب^(٣) .

ويكون تدخل النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها مستبعدا تماما فى الدعاوى القضائية المستعجلة " المادتان (٨٨) ، (٨٩) من قانون المرافعات المصرى " ، مالم ينص القانون الوضعى على خلاف ذلك - ويصفه إستثنائية - كتطلب لتبليغ النيابة العامة بطلب وقف تنفيذ الأحكام القضائية النهائية ، والذى يقدم إلى محكمة النقض المصرية " المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المصرى " . وأساس ذلك ، مانقتضيه هذه المسائل من سرعة نظرها ، والفصل فيها ، على نحو لا يحتمل التأخير الناجم عن إخطار النيابة العامة بالدعوى القضائية المستعجلة ، والإنتظار حتى تبدى رأيها . فضلا عن أن الحماية القضائية الوقتية هى حماية تحفظية ، لاتمس أصل الحق ، أو تتعرض له ، وهو ما ينفى خطورتها على المصلحة العامة ، والتي تتدخل النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها لحمايتها^(٤) ، ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية تأكيداً لذلك : " .. ولاريب فى أنه لاجابة إلى تدخل النيابة العامة فى الدعاوى القضائية المستعجلة ، حتى لا يعوق تدخلها فيها الفصل فى الدعاوى القضائية ، فضلا عن أن ما يصدره القضاء المستعجل من قرارات لا يمس أصل الحقوق " .

وإن كان هناك من يرى أن علة إستثناء الدعاوى المستعجلة من التدخل الوجوبى للنيابة العامة فى الدعاوى القضائية المنصوص عليها فى المادة (٨٨) من قانون المرافعات المصرى لاتكمن فى تأخير الفصل فيها ، وإنما تكمن فى اتفاق دور النيابة العامة ،

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٦/٣/١٥ - الموسوعة الذهبية ١٠ - ٦٨٣ - ١٦٧٥

١ - أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/٣/٥ - سبق الإشارة إليه .

٢ - أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/٣/١٨ - المجموعة ٢٢ - ٣٥٩ .

٣ - أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٤/٤/٩ - المجموعة ٢٥ - ٦٤٩ .

٤ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص ، بند ١٢٧ ، ص ٢٠٨ .

والقضاء المستعجل في الطبيعة القانونية الولائية لتصرفاتهما ، مما لا يكون معه ثمة داع للجمع بينهما (١) .

وإذا لم تصرح النصوص القانونية الوضعية بحكم تدخل النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها - من حيث الوجوب ، أو الجواز - فإن تدخلها يكون عندئذ جوازيًا ، لأن الأصل في تدخل النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها أن يكون جوازيًا (٢) .

وتدخل النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها يمارس في أية درجة من درجتي التقاضي .

والأصل أن يبين الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية المدنية في مدوناته رأى النيابة العامة فيها ، وأن يذكر فيه إسم عضو النيابة العامة الذي أبدى رأيه فيها " المادة (١/١٧٨) من قانون المرافعات المصري " . ومع ذلك ، فإن بيان إسم عضو النيابة العامة الذي أبدى رأيه في الدعوى القضائية المدنية القائمة بالفعل بين أطرافها - والتي تدخلت فيها - لا يعتبر بيانًا جوهريًا ، يترتب على إغفاله بطلان الحكم القضائي الصادر فيها عندئذ (٣) ، كما لا يترتب بطلان الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية على إغفال بيان رأى النيابة العامة فيها ، متى كانت قد أبدت رأيها فيها بالفعل ، وأشير إلى ذلك في الحكم القضائي الصادر فيها (٤) .

بيان إسم عضو النيابة العامة الذي أبدى رأيه في الدعوى القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها - والتي تدخلت فيها - لا يعتبر بيانًا جوهريًا ، يترتب على إغفاله بطلان الحكم القضائي الصادر فيها عندئذ :

بيان إسم عضو النيابة العامة الذي أبدى رأيه في الدعوى القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها - والتي تدخلت فيها - لا يعتبر بيانًا جوهريًا ، يترتب على إغفاله بطلان الحكم القضائي الصادر فيها عندئذ .

١ - أنظر : حسن الليدي - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١١٢ ص ١٥٣ .

٢ - أنظر : فتحى والى : المرجع السابق ، ص ٤٠٥ .

٣ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٣/٤/٢٥ - المجموعة ٢٤ - ٦٧٧ .

٤ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٦/١١/١٧ - المجموعة ٢٧ ، ١٦١٢ .

وإذا كان تدخل النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها جوازياً ، ولم تتدخل في خصومة أول درجة ، فإنها تملك أن تستدرك ذلك ، وتتدخل في خصومة ثان درجة .

وإذا كان تدخل النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها وجوبياً ، فإن سبق تدخلها في خصومة أول درجة لا يعفيها من واجب التدخل في خصومة ثان درجة ، والتي تنتظر أمام المحكمة الاستئنافية ^(١) . فإذا لم تتدخل النيابة العامة أمام المحكمة الاستئنافية ، فإنه يكون على المحكمة الاستئنافية أن تحكم ببطالان حكم محكمة أول درجة ، فإذا أغفلت ذلك ، وأصدرت حكماً قضائياً في موضوع الدعوى القضائية المدنية ، فإن حكمها القضائي الصادر عندها يكون باطلاً ^(٢) .

١ - أنظر : فتحى والى : المرجع السابق ، ص ٤٠٥ ، محمد كمال عبد العزيز : المرجع السابق - ص ٢٣٢ .

وانظر أيضاً : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٨/٥/٢٣ - المجموعة ١٩ - ٩٩٥ .

٢ - أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٢/٥/١٧ - المجموعة ٢٢ ، ٩٤٩ .

المطلب الثالث

الإعتراف للنياحة العامة بحق الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى
الدعوى القضائية المدنية ، والذى يوجب القانون ، أو يجيز
تدخلها فيها

تمهيد ، وتقسيم

تنص المادة (٩٦) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" للنياحة العامة الطعن فى الحكم القضائى فى الأحوال التى يوجب القانون أو يجيز
تدخلها فيها إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام أو إذا نص القانون على
ذلك " .

ومفاد النص المتقدم ، أن من حق النياحة العامة أن تطعن فى الحكم القضائى الصادر فى
الدعوى القضائية المدنية ، وذلك فى جميع الأحوال التى يوجب ، أو يجيز القانون تدخلها
فيها ، وسواء أكانت قد تدخلت بالفعل فى الدعوى القضائية المدنية ، أم لم تتدخل
فيها (١) .

والقصد من تخويل النياحة العامة حق الطعن فى الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى
القضائية المدنية ، والذى يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها هو مواجهة الحالات التى
لم تتدخل فيها النياحة العامة ، بحيث تستطيع أن تعرض وجهة نظرها مرة أخرى أمام
محكمة الطعن (٢) .

يتضمن الإعتراف للنياحة العامة بحق الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى
القضائية المدنية ، والذى يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها إستثناء من القواعد العامة
للطعن فى أحكام القضاء الصادرة فى الدعاوى القضائية المدنية .

١ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى
، ونظرية الإختصاص ، بند ١٣٢ ، ص ٢٩٥ .

٢ - أنظر : فتحى والى : الوسيط ، بند ٢١٤ ، ص ٤٠٩
وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٧/٢/٢٢ - المجموعة ٢٨ - ٥٥٦

ويتضمن الإعتراف للنأيبة العامة بحق الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية ، والتى يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها إستثناء من القواعد العامة للطعن فى أحكام القضاء الصادرة فى الدعاوى القضائية المدنية (١) ، فالقاعدة العامة فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية هى قصر الحق فى الطعن على أطراف الخصومة القضائية المدنية فى الحكم القضائى الصادر فيها ، وعلى الرغم من أن النأيبة العامة كمتدخلة فى الدعوى القضائية ليس لها مركز الطرف فى الخصومة القضائية ، مما كان يقتضى عدم إعطائها سلطة الطعن فى الحكم القضائى الصادر عندئذ فى الدعوى القضائية ، إلا أن الإتجاه الحديث هو إعطائها هذه السلطة ، حتى تستطيع أن تعرض وجهة نظرها مرة أخرى أمام محكمة الطعن (٢) .

وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع متتالية ، وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول : حق النأيبة العامة فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية ، والتى يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها ينحصر فى الحالات التى جردها القانون على سبيل الحصر ، فلايقبل طعن النأيبة العامة فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية فى غير هذه الحالات .

الفرع الثانى : إستعراض لبعض الحالات الى يجوز للنأيبة العامة الطعن فيها فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية ، والتى يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها ، وفقا للمادة (٩٦) من قانون المرافعات المصرى .

الفرع الثالث : إذا مارست النأيبة العامة حقها فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية ، والتى يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها ، وطعنت فى الحكم القضائى الصادر فيها بالفعل ، فإنها تصير بذلك طرفا أصليا فى خصومة الطعن ، يكون لها ماللخصوم من حقوق ، ويقع عليها ماعليهم من أعباء ، وواجبات .

١ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الإشارة المقدمة .

٢ - أنظر : فتحى والى : الوسيط ، بند ٢١٤ ، ص ٤٠١ .

والفرع الرابع . حق النائب العام في مصر في الطعن بطريق النقض ، في الأحكام القضائية الإنتهائية لمصلحة القانون " المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات المصري " ، حتى ولو لم تكن النيابة العامة طرفاً في الدعاوى القضائية التي صدرت فيها تلك الأحكام .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :



الفرع الأول

حق النيابة العامة فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية ، والتي يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها ينحصر فى الحالات التى حددها القانون على سبيل الحصر ، فلا يقبل طعن النيابة العامة فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية فى غير هذه الحالات

لاتعد النيابة العامة - حتى ولو كانت قد تدخلت فى الدعوى القضائية المدنية - طرفاً فى خصومة الحكم القضائى الصادر فيها . ولذا ، فإن أعمال القواعد العامة يودى إلى انكار حقها فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فيها ، والإعتراف لها بهذا الحق - رغم تخلف مفترضه - يعد إستثناء من القواعد العامة للطعن فى أحكام القضاء الصادرة فى الدعاوى القضائية المدنية ، ويقتصر أعمال الإستثناء على الحالات التى ورد بشأنها . ولذا ، فإن حق النيابة العامة فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية ، والتي يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها ينحصر فى الحالات التى حددها القانون على سبيل الحصر ، فلا يقبل طعن النيابة العامة فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية فى غير هذه الحالات (١) .

١ - أنظر : أحمد ماهر زغلول : الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، الكتاب الأول ، التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص ، بند ١٣٢ ، ص ٢١٦ .
 وفى استقاد تضيق سلطة النيابة العامة فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، أنظر : محمد عبد الحالى عمر : المرجع السابق ، ص ٣٢٦ .

الفرع الثانى

إستعراض لبعض الحالات الى يجوز للنياية العامة الطعن فيها فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية ، والتسى يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها ، وفقا للمادة (٩٦) من قانون المرافعات المصرى

من الحالات الى يجوز للنياية العامة الطعن فيها فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية ، والتى يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها ، وفقا للمادة (٩٦) من قانون المرافعات المصرى ، مايلى :

الحالة الأولى : إذا خالف الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية - والتى يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها - قاعدة من قواعد النظام العام .

والحالة الثانية - إذا نص القانون على حق النياية العامة فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية - والتى يوجب ، أو يجيز تدخلها فيها - ولو لم يكن قد خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام :

وفى الحالتين المتقدمتين ، فإن حق النياية العامة فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية - والتى يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها - لا ينشأ إلا إذا كان الحكم القضائى صادرا فى مسألة مما يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها .

الفرع الثالث

إذا مارست النيابة العامة حقها فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية ، والتي يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها ، وطعنت فى الحكم القضائى الصادر فيها بالفعل ، فإنها تصير بذلك طرفا أصليا فى خصومة الطعن ، يكون لها مالم الخصوم من حقوق ، ويقع عليها ماعليهم من أعباء ،

وواجبات

إذا مارست النيابة العامة حقها فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية ، والتي يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها ، وطعنت فى الحكم القضائى الصادر فيها بالفعل ، فإنها تصير بذلك طرفا أصليا فى خصومة الطعن ، يكون لها مالم الخصوم من حقوق ، ويقع عليها ماعليهم من أعباء ، وواجبات (١) .

١ - أنظر : محمد عبد الحالى عمر : المرجع السابق ، ص ٣٢٦ . وقارب : محمود محمد هاشم : المرجع السابق ، ص ٢٧٢ .

الفرع الرابع

حق النائب العام فى مصر فى الطعن بطريق النقض ، فى الأحكام القضائية الإنتهائية لمصلحة القانون " المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات المصرى " ، حتى ولو لم تكن النيابة العامة طرفا فى الدعاوى القضائية التى صدرت فيها تلك الأحكام

تنص المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون فى الأحكام الإنتهائية - أيا كانت المحكمة التى أصدرتها - إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون ، أو خطأ فى تطبيقه ، أو فى تأويله وذلك فى الأحوال الآتية :

- ١- الأحكام التى لايجوز القانون للخصوم الطعن فيها .
 - ٢- الأحكام التى فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن .
- ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام ، وتنظر المحكمة الطعن فى غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم .
- ولا يفيد للخصوم من هذا الطعن " .
- ومفاد النص المتقدم ، أن الطعن بالنقض من النائب العام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، والمتمثلة فى عدم مخالفة المحاكم للقانون الوضعى ، وضمان وحدة تفسيره فى الدولة ، فهذا الطعن بالنقض لا يضر به ، ولا يستفيد منه الخصوم .
- والطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، يكون فى الحالات التى يقعد فيها الخصوم عن ممارسة حقهم فى الطعن ، بالرغم من أن المصلحة العامة قد تبرر عرضه على محكمة النقض ، لنقول كلمتها فيه ، ويكون فى حالتين ، وهما :
- الحالة الأولى : الأحكام القضائية التى لايجوز القانون الوضعى المصرى للخصوم الطعن فيها .

والحالة الثانية : الأحكام التى فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها ، أو نزلوا فيها عن الطعن .

فيجب لكى يمارس النائب العام حقه فى الطعن بالنقض لمصلحة القانون ، أن يكون طريق الطعن مغلقة أمام الخصوم ، بأن كان الحكم القضائى الصادر لايحوز الطعن فيه أصلا ، بنص القانون الوضعى ، أو كان الحكم القضائى قابلا للطعن فيه بالنقض ، ولكن فوت الخصوم ميعاد الطعن بالنقض ، أو نزلوا عن حقهم فى الطعن بالنقض . فإذا كان باب الطعن بالنقض لازال مفتوحا أمام الخصوم ، أو رفعوا الطعن بالنقض ، ولم يتم الفصل فيه بعد ، فإنه يتمتع على النائب العام أن يطعن فى الحكم القضائى بالنقض لمصلحة القانون ، طالما كانت الفرصة لازالت قائمة لإصلاح ما شاب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من أخطاء فى القانون ، عن طريق طعن الخصوم فيه بالنقض .

فطعن النائب العام فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية بالنقض لمصلحة القانون هو طريقا احتياطيا ، لا يتم الإلتجاء إليه إلا عندما يتمتع الخصوم ، أو يمنعون من الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، والمشوب بمخالفة القانون بطريق النقض

ويشترط لقبول الطعن بالنقض المرفوع من النائب العام لمصلحة القانون مايلى :

الشرط الأول - أن يكون الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية - والمطعون فيه بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون - إنتهائيا :

سواء لصدوره إنتهائيا ، أو لصيرورته كذلك بانقضاء مواعيد الطعن العادية فيه ، وسواء كان صادرا من محكمة أول درجة ، أو من محكمة ثانى درجة .

الشرط الثانى : أن يكون الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية - والمطعون فيه بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون - مشوبا بمخالفة القانون ، أو الخطأ فى تطبيقه ، أو تأويله ، أى معيبا بعيب فى التقدير :

أما العيوب فى الإجراء القضائى ، فإنها لاتصلح سببا للطعن بالنقض من قبل النائب العام فى الحكم القضائى الصادر إنتهائيا فى الدعوى القضائية لمصلحة القانون ^(١) .

(١) أنظر : السيد عبد العال تمام - الأوامر ، الأحكام ، وطرق الطعن - ص ٣٧٠ .

الشرط الثالث : أن يكون الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية - والمطعون فيه بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون - من الأحكام القضائية التي لا يجوز للقانون للخصوم الطعن فيها :

سواء كان المنع من الطعن بصفة عامة ، أم من الطعن بطريق الاستئناف أم كان المنع من الطعن بطريق النقض ، وسواء ورد المنع في قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، أم في قوانين وضعية خاصة . أو أن يكون الحكم القضائي قابلاً للطعن فيه بطريق النقض من المحكوم عليه فيه ، ولكنه لم يطعن فيه في الميعاد المحدد قانوناً لذلك ، أو كان قد نزل عن طعنه ، أو كان قد طعن فيه في الميعاد ، ولكن حكم فيه بعدم قبوله شكلاً^(١) .

والشرط الرابع : أن يرفع الطعن بالنقض لمصلحة القانون في الحكم القضائي الإنتهائي الصادر في الدعوى القضائية من النائب العام ، دون غيره :

لأنه هو الذي يكون له وحده الصفة في رفع الطعن بالنقض لمصلحة القانون فلا يجوز لأي عضو آخر في النيابة العامة أن يمارس هذا الحق .

ويرفع الطعن بالنقض في الحكم القضائي الإنتهائي الصادر في الدعوى القضائية من النائب العام لمصلحة القانون بصحيفة يوقعها النائب العام ، وتنظر في غرفة المشورة ، دون حضور الخصوم .

ولا يتقيد الطعن بالنقض في الحكم القضائي الإنتهائي الصادر في الدعوى القضائية من النائب العام لمصلحة القانون بميعاد معين يجب أن يرفع خلاله ، وإنما يمكن للنائب العام ممارسته في أي وقت يشاء ، لأنه قد لا يستبين سبب الطعن بالنقض إلا بعد انقضاء مواعيد الطعن في الأحكام القضائية الإنتهائية ، والتي تقتضي المصلحة العامة عدم مخالفتها للقانون .

وقد تحكم محكمة النقض بعدم قبول طعن النائب العام بالنقض في الحكم القضائي الإنتهائي الصادر في الدعوى القضائية لمصلحة القانون ، أو رفضه ، كما قد تحكم بقبوله ، ونقض الحكم القضائي الإنتهائي الصادر في الدعوى القضائية ، والمطعون فيه بالنقض . وعندئذ ، فإنه لا يستفيد من نقض الحكم القضائي الإنتهائي الصادر في الدعوى القضائية الخصوم ، فيبقى الحكم القضائي الإنتهائي الصادر في الدعوى القضائية ، والمطعون فيه بالنقض - رغم نقضه - منتجاً لآثاره القانونية بين الخصوم . ولذلك ، فإن

(١) انظر : السيد عبد العال حمام - الأوامر ، الأحكام ، وطرق الطعن - ص ٣٧١ .

محكمة النقض لا تنتظر موضوع القضية محل النقض ، ولو كان صالحا للفصل فيه ، كما أنها لا تحيله إلى المحكمة التي أصدرت الحكم القضائي الإتهائي الصادر في الدعوى القضائية ، والمطعون فيه بالنقض ^(١) .

^(١) أنظر : السيد عبد العال تمام - الإشارة المقدمة .

الفصل الثالث

الإستثناء الثالث

دعاوى الحسبة المنصوص عليها فى الشريعة الإسلامية الغراء ،
والقانون الوضعى المصرى ، ودورها فى حماية المصالح العامة
" الصفة فى الدعوى القضائية دفاعا عن مصلحة
عامة " (١) ، (٢)

١ - فى دراسات حول الحسبة ، أنظر : المواردى - الأحكام السلطانية - الباب العشرون - ص ٢٣١ ، سليمان الطمساوى - السلطات الثلاث فى الإسلام - ١٩٦٧ - ص ٣٢٢ ، ومابعدهما ، عبد المتعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - ص ٣٧٦ ، ومابعدهما ، أحمد محمد مليجي موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى " دراسة مقارنة " - رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه فى الحقوق - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٧٩ - ص ٣٤٠ ، ومابعدهما ، أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٢ ، ص ١٧١ ، ١٧٢ ، حسن الليبى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ ، إبراهيم أمين النفاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته طبقا لقانون المرافعات رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، وتعديلاته بالقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ ، و (٨١) لسنة ١٩٩٦ ، و (٣) لسنة ١٩٩٦ . - الكتابين الأول ، والثانى - ١٩٩٨ م - بدون دار نشر - ص ١٥١ ، ومابعدهما ، نبيل إسماعيل عمر - الوسيط فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الإختصاص - الدعوى - الخصومة - الأحكام ، وطرق الطعن فيها ، مع تعديلاته حتى ١٩٩٩ - ١٩٩٩ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية - ص ٢٤٩ ، ومابعدهما ، عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - بند ٣١٥ ، ص ٥٢٧ ، ومابعدهما .

٢ - عرفت بعض النظم القانونية نظاما من أجل الدفاع عن المصلحة العليا للجماعة . ففي أثينا ، كان من حق كل مواطن أثينى إقامة دعوى قضائية مباشرة أمام المحاكم الشعبية ، والى كان يتم تشكيلها من عدد كبير من الخلفين ، وتعقد جلساتها فى الهواء الطلق ، وكانت هذه الدعاوى القضائية وسيلة لمراقبة تصرفات الأفراد ، والى تمس الصالح العام ، وأمن الجماعة ، وكانت قرارات الخلفين تصدر وفقا للأغلبية المطلقة للأصوات .

كما عرف القانون الرومانى الدعاوى الشعبية ، وكان رفع هذه الدعاوى القضائية حقا لكل مواطن ، بصفته فردا من أفراد الدولة الرومانية ، وكان الهدف منها حماية المصلحة العامة ، والى لحقها الضرر من فعل غير مشروع . ومع ذلك ، فقد كانت تقبل فى أحوال يكون الضرر فيها قد لحق حقا من الحقوق

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة عشر مبحثا ، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : تعريف دعوى الحسبة في الشريعة الإسلامية الغراء .

المبحث الثاني : في الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر .

المبحث الثالث : الهدف من دعاوى الحسبة " حكمة مشروعية الحسبة في الإسلام " .

المبحث الرابع : دليل مشروعية الحسبة في الإسلام : " أساس الحسبة في الشريعة الإسلامية الغراء " .

المبحث الخامس : الحسبة في الشريعة الإسلامية الغراء من واجبات الكفاية .

المبحث السادس : دعوى الحسبة ، وطبيعتها في القانون الروماني .

المبحث السابع : طبيعة دعوى الحسبة في الشريعة الإسلامية الغراء " الحسبة في الشريعة الإسلامية الغراء على سبيل الشهادة " .

المبحث الثامن : مكاتبة الحسبة في الدين الإسلامي الحنيف .

المبحث التاسع : الحقوق التي تقوم من أجلها الحسبة .

الخاصة ، وتكون المصلحة العامة قد أضررت بشكل غير مباشر ، وكانت هذه الدعاوى القضائية لها الصفة الجنائية ، لأنها تمس الصالح العام ، وعلى الرغم من هذه الصفة ، فقد كانت ترفع أمام المحاكم المدنية ، وكانت تخضع لقواعد المرافعات ، أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٥ - الهامش رقم (٢) .

المبحث العاشر : هل فى نظامنا الحاضر مايقوم مقام الحسبة ؟ .

المبحث الحادى عشر : الخلاف الفقهى حول نطاق دعوى الحسبة قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية .

المبحث الثانى عشر : أمثلة لماتقبل فيه دعوى الحسبة .

المبحث الثالث عشر : دعوى الحسبة على ضوء القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

المبحث الأول
تعريف دعوى الحسبة في
الشريعة الإسلامية الغراء

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : معنى الحسبة في اللغة .

والمطلب الثاني : معنى الحسبة في اصطلاح الفقهاء .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :



المطلب الأول

معنى الحسبة فى اللغة

الحسبة لغة هى : فعل ما يحتسب عند الله - سبحانه ، وتعالى - وتتعلق بما هو حق الله - سبحانه ، وتعالى - أو فيما كان حق الله - سبحانه ، وتعالى - فيه غالباً ^(١) .

وتأتى الحسبة فى اللغة بمعنى إدخار الأجر ، والثواب عند الله - تبارك ، وتعالى - فيقال : " إحتسب بكذا أجراً عند الله - تبارك ، وتعالى " ، إذا ادخره عنده ، لا يرجو ثواب الدنيا . وبمعنى الإنكار ، فيقال : " إحتسب على فلان " ، إذا أنكر عليه ؛ ويقال : " أنه لحسن الحسبة فى الأمر " ، إذا كان حسن التدبير ، ويقال أيضاً : " فلان محتسب البلد " ^(٢) .

وتندل الحسبة فى اللغة على العد ، والحساب ، ويقال : " إحتسب بكذا " ، إذا اكتفى به ، واحتسب على فلان الأمر " ، أنكره عليه ، : " واحتسب الأجر على الله - تبارك ، وتعالى " ، إدخره لديه .

والحسبة تكون إسماً من الإحتساب ، والإحتساب يستعمل فى فعل ما يحتسب عند الله - تبارك ، وتعالى ^(٣) .

والحسبة لغة - كما فى لسان العرب - : " مصدر إحتسابك الأجر على الله - تبارك ، وتعالى " . نقول : فطسته حسبة ، واحتسب فيه إحتساباً ، والإحتساب طلب الأجر ، والإسم الحسبة ، وهو الأجر ، واحتسب فلان على فلان ، أى أنكر عليه قبيح غيلة .

^(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٣٣ ، ص ٦٣ ، أحمد همدى - قانون المرافعات - بند ٦٣ (د) ، ص ٥٠٥ .

^(٢) أنظر . الفروز آبادى - القاموس المحيط - الجزء الأول - ص ٥٤ ، ٥٥ ، الجوهري - الصحاح - الجزء الأول - ص ١٠٩ ، ١١٠ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٣٤٠ .

^(٣) أنظر : عبد الكريم زيدان - أصول الدعوى - ط ٣ - ١٩٧٥ - دار البيان بالقاهرة - ص ١٦٥ .

وهى فى الشريعة الإسلامى الحنيف - كما قال الماوردى - رحمه الله تعالى : " أمرا بالمعروف ، إذا ظهر تركه ، ونهيا عن المنكر ، إذا ظهر فعله " (١) .
وعرفها الإمام الغزالى - رحمه الله تعالى - بأنها : " عبارة عن المنع عن منكر لحق الله - سبحانه ، وتعالى - صيانة للممنوع عن مفارقة المنكر " (٢) .
فالمادة التى منها إسم الحسبة تدل على الإحصاء ، والعد ، يقال : " حسبت المال " ، أحسبه حسبا ، وحسبه ، وحسابا ، وعن هذا استعمل إسم الحسب . بمعنى ، ما يعد من المآثر ، إذ كان العرب إذا تفاخروا ، حسب كل منهم مناقبه ، ومآثر قبيلته (٣) .
وكذلك ، قيل : " إحتسب أجره عند الله - تبارك ، وتعالى " ، بمعنى إدخره عنده ، ومعنى ذلك أنه إعتده فيما يدخر له ، ويجزى عليه ، أو لأن الله - تبارك ، وتعالى - يفتن له ماتنم من عمل صالح ، فيجزيه به ، والإسم من ذلك الحسبة (٤) .
فالإحتساب لغة : يدل على بذل المعروف ، ومنع الظالم ، لوجه الله - سبحانه ، وتعالى - كما يدل على معنى الحفظ ، الشهادة ، والرقابة ، وقد ورد فى القرآن الكريم بمعنى الحفيظ ، وذلك فى قول الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " إن الله كان على كل شئ حسيبا " (٥) . صدق الله العظيم . كما ورد بمعنى الشاهد الحاضر ، وذلك فى قول الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " كفى بنفسك اليوم عليك حسيبا " (٦) . صدق الله العظيم . وجاء

(١) أنظر : الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ٢٢٧ .

(٢) أنظر : الغزالى - إحياء علوم الدين - الجزء الثانى - المطبعة البمنية بالقاهرة - ص ٢٢٦ .

(٣) أنظر : بدوت نوال محمد بدير - أركان الحسبة - مقالة منشورة فى مجلة المحامه المصرية - العددان الثالث ، والرابع - مارس / أبريل ١٩٩٩ - السنة السبعون - ص ٧٦ - ٨٧ - ص ٧٦ .

(٤) أنظر : بدوت نوال محمد بدير : الإشارة المتقدمة .

(٥) سورة النساء - الآية رقم (٨٥) .

(٦) سورة الإسراء - الآية رقم (١٤) .

بمعنى الرقيب ، وذلك فى قول الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " وكفى بالله حسيبا " (١) . صدق الله العظيم .
وفى أساس البلاغة للزمخشري : فلان لاحتسب له ، ولاحتسب ، أى مما احتسبه ، ويعد من مفاخر آبائه ، وفلان لا يحتسب به ، أى لا يعتد به (٢) .
وفى المصباح المنير : احتسب الأجر على الله - سبحانه ، وتعالى - إدخره عنده ، والإسم الحسبة بالكسر (٣) .
وفى مفردات الراغب : الحسبة : فعل ما يحتسب به عنه الله - سبحانه ، وتعالى (٤) .
وفى صبح الأعشى : أن المحتسب يكون مشتقا من قولهم : حسبك ، بمعنى أكفك ، لأنه يكف عن الظلم .
وقال النحاس : من قولهم أحسبه ، إذا كفاه ، لأنه المجتهد فى كفاية المسلمين ، ومنفعتهم (٥) .

(١) سورة النساء - الآية رقم (٦) .

(٢) أنظر : الزمخشري - أساس البلاغة - مادة حسب ، مختار الصحاح - مادة حسب .

(٣) أنظر : الفيومي - المصباح المنير - مادة حسب .

(٤) أنظر : الراغب الأصفهاني - المفردات فى غريب القرآن - مادة حسب .

(٥) أنظر : القلقشندي - صبح الأعشى - الجزء الخامس - ص ٤٥٢ - وحاشية محققة .

والمطلب الثاني

معنى الحسبة في اصطلاح الفقهاء

الحسبة في اصطلاح الفقهاء هي : أمرا بمعروف ، إذا ظهر تركه ، ونهيا عن منكر ، إذا ظهر فعله ، وإصلاح بين الناس ^(١) ، إذ أن القيام بذلك يجب أن يكون مما يحتسبه فاعله عند الله - سبحانه ، وتعالى - لالرياء ، ولا لسمعة ، ولا لإظهار علو ، أو كبرياء . وعلى ذلك ، كانت الحسبة هي الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ^(٢) ، بل إن الفقهاء يسمون الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر إحسانا ، وحسبة ، مادام القائم به يفعله ابتغاء مرضاة الله - سبحانه ، وتعالى - وماعنده من ثواب ^(٣) .

فالحسبة اصطلاحاً هي : وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ^(٤) . وقيل أنها : " أمرا بالمعروف ، إذا ظهر تركه ، ونهيا عن المنكر ، إذا ظهر فعله " ^(٥) . وقال البعض إن الحسبة هي : " أمرا بمعروف ، ونهيا عن منكر ، وإصلاح بين الناس " ^(٦) .

^(١) أنظر : إبراهيم أمين النياوي - أصول التقاضي ، وإجراءاته - ص ١٥٢ .

^(٢) أنظر : بدرت نوال محمد بدير - أركان الحسبة - ص ٧٦ ، عبد الكريم زيدان - أصول الدعوى - ط ٣ - ١٩٧٥ - دار البيان بالقاهرة - ص ١٦٥ .

^(٣) أنظر : عبد الكريم زيدان - الإشارة المتقدمة .

^(٤) أنظر : ابن خلدون - المقدمة - ص ٥٧٦ ، أحمد محمد مليجي موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائي - الرسالة المشار إليها - ص ٣٤٠ .

^(٥) أنظر : الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ٢٢٧ ، ابن يعلى - الأحكام السلطانية - ص ٢٨٤ ، أحمد محمد مليجي موسى - الإشارة المتقدمة .

^(٦) أنظر : علي الخفيف - موسوعة الفقه الإسلامي - مادة إحسان ، محمد بخيت المطيعي - حقيقة الإسلام ، وأصول الحكم - ص ١٥٤ ، الماوردي - الأحكام السلطانية - الطبعة الثانية - مصطفى الخليلي - ص ٢٤٠ ، الفراء - الأحكام السلطانية - الطبعة الثانية ، الشيزري - نهاية الرتبة في طلب

وقال البعض أنها : " سلطة تخول صاحبها حق مباشرة الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، إذا ظهر فطره ، بتفويض من الشارع ، أو تولية من الإمام ، وتوقيع العقاب على المخالفين ، بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية القراء ، فى حدود اختصاصه " (٢) والمعروف هو : كل قول ، وفعل ، وقصد حسنه الشارع الإسلامى الحنيف ، وأمر به . والمنكر هو : كل قول ، وفعل ، وقصد قبحه الشارع الإسلامى الحنيف ، ونهى عنه (٣) .

والأشياء التى تقبل فيها الشهادة حسبة كثيرة ، ذكر الأعمام ابن نجيم فى (الأشباه أربع عشر منها ، وفى بعضها خلافا بين كل من الإمام أبى حنيفة ، وصاحبيه . - رحمهم الله سبحانه ، وتعالى - مبناه : هل الغالب فى المسألة حق الله - تبارك وتعالى - أم حق العبد ؟ - فمن ترجح عنده أن الغالب هو حق الله - سبحانه ، وتعالى - أجاز قبول الشهادة حسبة ، ومن ترجح عنده أن الغالب هو حق العبد ، إشتراط أن ترفع الدعوى من صاحب الحق (٢) .

وتؤدى الحسبة إما بدعوى قضائية إلى القاضى العام فى الدولة ، أو بالشهادة أمامه ، فى دعوى قضائية قائمة (١) ، أو بالشكوى إلى المحتسب ، أو والى المظالم (٣) .

الحسبة - طبع مطبعة لجنة التأليف ، والترجمة ، والنشر بالقاهرة - سنة ١٩٤٦ م - ص ٦ ، أحمد محمد ملىجى موسى - الإشارة المقدمة .

(١) أنظر : عبد الله محمد عبد الله - الحسبة فى الإسلام - رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٧٤ - ص ٤٣ .

(٢) أنظر : إبراهيم دسوقى - الحسبة فى الإسلام - القاهرة - سنة ١٩٦٢ - ص ٩ ، أحمد محمد ملىجى موسى - الإشارة المقدمة .

(٣) أنظر : أحمد إبراهيم - طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية - ص ٢٨٣ - الهامش رقم (١) .

(١) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٨٤ .

(٢) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٣٣ ، ص ٦٣ ، أحمد هندى - قانون المرافعات - بند ٦٣ (د) ، ص ٥٠٥ .

ويشترط لقبول دعوى الحسبة ، وصحتها فى بعض صورها حضور خصم معين ، كدعوى إثبات طلاق المرأة ، فيشترط فيها حضور الزوج ، وفى دعوى الإيلاء ، والظهار ، والمصاهرة ، يشترط حضور المشهود عليه ، وفى عتق الأمة ، وتبويرها ، يشترط حضور المولى (٥) .

(١١) أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥١ .

(٢) أنظر : إبراهيم أمين النياوي - الإشارة المقدمة .

(٣) أنظر : إبراهيم أمين النفاوي - أصول التقاضي ، وإجراءاته - ص ١٥١ .

(١) أنظر: عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة في الدعوى - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ - الرسالة المشار إليها - بند ٣٥٤، ص ٣٧٦.

(*) أنظر: عبد المنعم الشرقاوي - المرجع السابق - بند ٣٥٤، ص ٣٧٧.

المبحث الثاني

فى الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر

الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر الذى أنزل الله - سبحانه ، وتعالى - به كتبه ، وأرسل به رسله من الدين الإسلامى الحنيف :
 الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر الذى أنزل الله - سبحانه ، وتعالى - به كتبه ، وأرسل به رسله من الدين الإسلامى الحنيف ، فإن رسالة الله - سبحانه ، وتعالى - إما إخبارا ، وإما إنشاء ، وإلوعيد ، والإنشاء الأمر ، والنهى ، والإيجابه ، وهذا كما ذكر فى أن : " قل هو الله أحد " ثلث القرآن الكريم ، لتضمنها ثلث التوحيد ، إذ هو يكون قصصا ، وتوحيدا ، وأمرا . وقوله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز فى صفة نبينا - صلى الله عليه ، وسلم - بسم الله الرحمن الرحيم : " يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحصل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبيثات " (١) . صدق الله العظيم . هو بيانا لكمال رسالته ، فإنه - صلى الله عليه ، وسلم - هو الذى أمر الله - سبحانه ، وتعالى - على لسانه بكل معروف ، ونهى عن كل منكر ، وأحل كل طيب ، وحرم كل خبيث . ولهذا ، روى عنه - صلى الله عليه ، وسلم - أنه قال : " إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق " . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - وقال - صلى الله عليه ، وسلم - فى الحديث النبوى الشريف المتفق عليه : " مثلى ومثل الأنبياء كمثلى رجلا بنى دارا فأتتها ، وأكملها ، إلا موضع لبنة ، فكان الناس يطيلون بها ، ويعجبون من حسننها ، ويقولون لولا موضع اللبنة ، فأتنا تلك اللبنة " (٢) . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - فبه كمل دين الله - سبحانه ، وتعالى - المتضمن للأمر بكل معروف ، والنهى عن كل منكر ، وإحلال كل طيب ، وتحريم كل خبيث .
 وأما من قبله من الرسل ، فقد كان يحرم على أممهم بعض الطيبات ، كما يقول الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " فيظلم من الذين حرمتنا

(١) سورة الأعراف - الآية رقم (١٥٧) .

(٢) أخرجه الترمذى بلفظ مقارب فى كتاب المناقب - باب فى فضل النبى - صلى الله عليه ، وسلم " ٥٤٧/٥ - رقم (٣٦١٣) ، وأخرجه ابن ماجه - كتاب الزهد - باب ذكر الشفاعة .

عليهم طيبات أكلت لهم " (١) . صدق الله العظيم . وربما لم يحرم عليهم جميع الخبائث ، كما قال الله - تبارك ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " كل الطعام كان حلالاً لبني إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه من قبل أن تنزل التوراة " (٢) . صدق الله العظيم .

ويندرج تحريم الخبائث في معنى النهي عن المنكر ، كما يندرج إحلال الطيبات في الأمر بالمعروف ، لأن تحريم الطيبات هو ممانه الله - تبارك ، وتعالى - عنه (٣) . وكذلك الأمر بجميع المعروف ، والنهي عن كل منكر ، مما لم يتم إلا للرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - الذي نعم الله - تبارك ، وتعالى - به مكارم الأخلاق المندرجة في المعروف (٤) ، وقد قال الله - تبارك ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً " (٥) ، فقد أكمل الله - تبارك ، وتعالى - لنا الدين الإسلامي الحنيف ، وأتم علينا النعمة ، ورضى لنا الدين الإسلامي الحنيف ديناً .

وكذلك ، وصف الأمة بما وصف به نبيها الكريم - صلى الله عليه وسلم - حيث قال - سبحانه ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله " (٦) . صدق الله العظيم . كما قال - سبحانه ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر " (٧) . صدق

(١) سورة النساء - الآية رقم (١٦٠) .

(٢) سورة آل عمران - الآية رقم (٩٣) .

(٣) أنظر : ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - ص ٥٩ .

(٤) أنظر : ابن تيمية : الإشارة المقدمة .

(٥) سورة المائدة - الآية رقم (٣) .

(٦) سورة آل عمران - الآية رقم (١١٠) .

(٧) سورة التوبة - الآية رقم (٧١) .

الله العظيم . ولهذا ، قال الإمام / أبو هريرة - رضى الله تعالى عنه : " كنتم خير الناس للناس ، تأتون بهم فى الأقباد ، والسلاسل ، حتى تدخلوهم الجنة " .

فقد بين الله - سبحانه ، وتعالى - أن هذه الأمة خير الأمم للناس ، فهم أنفعهم لهم ، وأعظمهم إحسانا إليهم ، لأنهم كملوا أمر الناس بالمعروف ، ونهيبهم عن المنكر من جهة الصفة ، والقدر ، حيث أمروا بكل معروف ، ونهوا عن المنكر لكل أحد ، وأقاموا ذلك بالجهاد فى سبيل الله تعالى بأنفسهم ، وأموالهم ، وهذا يكون من كمال النفع للخلق .

وسائر الأمم لم يأمرُوا كل أحد بكل معروف ، ولا نهوا كل أحد عن كل منكر ، ولا جاهدوا على ذلك ، بل منهم من لم يجاهد ^(١) ، والذين جاهدوا - كبنى إسرائيل - فعمامة جهادهم كان لدفع عدوهم عن أرضهم ، كما يقاتل الصائل الظالم ، لالدعوة المجاهدين ، وأمرهم بالمعروف ، ونهيبهم عن المنكر ، كما قال موسى لقومه : " يا قوم ادخلوا الأرض المقدسة التى كتب الله لكم ولا ترتدوا على أدباركم فتنقلبوا خاسرين قالوا يا موسى إن فيها قوما جبارين وإنا لن ندخلها حتى يخرجوا منها فإن يخرجوا منها فإنا داخلون " ، إلى قول الله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " قالوا يا موسى إنا لن ندخلها أبدا ما داموا فيها فاذهب أنت وربك فقاتلا إنا ههنا قاعدون " ^(٢) . صدق الله العظيم .

ويقول الله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ألم تر إلى الملائكة من بنى إسرائيل من بعد موسى إذ قالوا لنبي لهم إبعث لنا ملكا نقاتل فى سبيل الله ، قال هل عسيتم إن كتب عليكم القتال ألا تقاتلوا ، قالوا وما لنا ألا نقاتل فى سبيل الله وقد أخرجنا من ديارنا وأبنائنا " ^(٣) . صدق الله العظيم . فقد علوا القتال بأنهم أخرجوا من ديارهم ، وأبنائهم . ومع هذا ، فكانوا ناكثين عما أمروا به من ذلك . ولهذا ، لم تحل لهم الغنائم ، ولم يكونوا يطؤون بملك اليمين .

ومعلوم أن أعظم الأمم المؤمنين قبلنا هم بنو إسرائيل ، كما جاء فى الحديث النبوى الشريف المتفق على صحته فى الصحيحين عن ابن عباس - رضى الله تعالى عنهما - أنه قال : خرج علينا النبي - صلى الله عليه ، وسلم - يوما ، فقال : " عرضت على

^(١) أنظر : ابن تيمية - الحسبة فى الإسلام - ص ٦٠ .

^(٢) سورة المائدة - الآية رقم ٢١ - ٢٤ .

^(٣) سورة البقرة - الآية رقم (٢٤٦) .

الأمم فجعل يمر النبي ومعه الرجل والنبي معه الرجلان ، والنبي معه الرهط ، والنبي ليس معه أحد ، ورأيت سوادا كثيرا سد الأفق ، فرجوت أن يكون أمتي ، فقيل هذا موسي ، وقومه ، ثم قيل لي أنظر ، فرأيت سوادا كثيرا سد الأفق ، فقيل لي أنظر هكذا ، وهكذا ، فرأيت سوادا كثيرا سد الأفق ، فقيل هؤلاء أمتك ، ومع هؤلاء سبعون ألفا يدخلون الجنة بغير حساب ، فتفرق الناس ، ولم يبين لهم ، فتذاكر أصحاب النبي - صلى الله عليه ، وسلم - فقالوا : أما نحن ، فولدنا في الشرك ، ولكننا آمنا بالله ، ورسوله ، ولكن هؤلاء أبناؤنا ، فبلغ النبي - صلى الله عليه ، وسلم - فقال : " هم الذين لا يتطيرون ، ولا يكتسبون ولا يسترقون وعلى ربهم يتوكلون ، فقال عكاشة بن محصن : أمنهم أنا يا رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم ؟ - فقال : نعم ، فقام آخر فقال : أمنهم أنا ؟ فقال سبقك بها عكاشة " . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم .

ولهذا ، كان جماع هذه الأمة حجة ، لأن الله - تبارك ، وتعالى - قد أخبر أنهم يأمرون بكل معروف ، وينهون عن كل منكر ^(١) ، فلو اتفقوا على إباحة محرما ، أو إسقاط واجب ، أو تحريم حلالا ، أو إخبار عن الله - تبارك ، وتعالى - أو خلقه بباطل ، لكانوا متصفين بالأمر ، والنهي عن معروف ، من الكلم الطيب ، والعمل الصالح ، بل الآية القرآنية تقتضي ذلك ، لأن ما لم تأمر به الأمة ، فليس من المعروف في شيء ، وما لم تنه عنه ، فليس من المنكر في شيء ^(٢) ، وإذا كانت أمرة بكل معروف ، ناهية عن كل منكر ، فكيف يجوز أن تأمر كلها بمنكر ، أو تنهى كلها عن معروف ، والله - تبارك ، وتعالى - كما أخبر بأنها تأمر بالمعروف ، وتنهى عن المنكر ، فقد أوجب ذلك على الكفاية منها ، وذلك بقوله - سبحانه ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون " ^(٣) . صدق الله العظيم .

^(١) أنظر : ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - ص ٦٩ .

^(٢) أنظر : ابن تيمية - الإشارة المتقدمة .

^(٣) سورة آل عمران - الآية رقم (١٠٤) .

إذا أخبر بوقوع الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر منها ، لم يكن من شرط ذلك أن يصل أمر الأمر ، والنهي منها إلى كل مكلف في العالم ، بل الشرط أن يتمكن المكلفون من وصول ذلك إليهم :

إذا أخبر بوقوع الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر منها ، لم يكن من شرط ذلك أن يصل أمر الأمر ، والنهي منها إلى كل مكلف في العالم ، إذ ليس هذا من شرط تبليغ الرسالة ، فكيف يشترط فيما هو من توابعها ، بل الشرط أن يتمكن المكلفون من وصول ذلك إليهم ، ثم إذا فرطوا ، فلم يسعوا في وصوله إليهم ، مع قيام فاعله بما يجب عليه ، كان التفريط منهم ، لامنه .

لا يجب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر على كل أحد بعينه ، بل هو على الكفاية :

لا يجب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر على كل أحد بعينه ، بل هو على الكفاية ، كما دل عليه القرآن الكريم ^(١) . ولما كان الجهاد من تمام ذلك ، كان الجهاد أيضا كذلك ، فإذا لم يقم به من يقوم بواجبه ، أتم كل قادر بحسب قدرته ، إذ هو يكون واجبا على كل إنسان - بحسب قدرته - ^(٢) كما قال النبي الكريم - صلى الله عليه ، وسلم : " من رأى منكرا منكم فليغيره بيده ، فإن لم يستطع ، فبلسانه ، فإن لم يستطع ، فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان " ^(٣) . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم .

وإذا كان كذلك ، فمعلوم أن الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وإتمامه بالجهاد ، هو من أعظم المعروف الذي أمرنا به . ولهذا ، قيل ليكن أمرك بالمعروف ، ونهيك عن المنكر غير منكر ^(٤) ، وإذا كان هو من أعظم الواجبات ، والمستحبات ، فالواجبات والمستحبات لا بد وأن تكون المصلحة فيها راجحة على المفسدة ^(٥) ، إذ بهذا بعثت الرسل

^(١) أنظر : ابن تيمية - الإشارة المقدمة .

^(٢) أنظر : ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - ص ٦٢ .

^(٣) أخرجه الإمام / البخاري في كتاب الشركة - باب هل يفرع في القسمة ، وفي كتاب الشهادات - باب القرعة في المشكلات .

^(٤) أنظر : ابن تيمية - الإشارة المقدمة .

^(٥) أنظر : ابن تيمية - الإشارة المقدمة .

، ونزلت الكتب ، والله - سبحانه ، وتعالى - لا يحب الفساد ، بل كل ما أمر الله - سبحانه ، وتعالى - به فهو يكون صلاحاً . وقد أثنى الله - تبارك ، وتعالى - على الصلّاح ، والمصلحين ، والذين آمنوا ، وعملوا الصالحات ، وذم المفسدين في غير موضع ، فحيث كانت مفسدة الأمر ، والنهي أعظم من مصلحته ، لم تكن مما أمر الله - سبحانه ، وتعالى - به ، وإن كان قد ترك واجبا ، وفعل محرما ، إذ المؤمن عليه أن يتقى الله - تبارك ، وتعالى - في عباده ، وليس عليه هداهم ، وهذا هو معنى قول الله - تبارك ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم " (١) . صدق الله العظيم .

والإهتداء إنما يتم بأداء الواجب ، فإذا قام المسلم بما يجب عليه من الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، كما قام بغيره من الواجبات ، لم يضره ضلال الضلال ، وذلك يكون تارة بالقلب ، وتارة باللسان ، وتارة باليد ، فأما القلب ، فيجب بكل حال ، إذ لا ضرر في فعله . ومن لم يفعله ، فليس هو بمؤمن (٢) ، كما قال النبي - صلى الله عليه ، وسلم : " وذلك أدنى - أو - أضعف الإيمان " . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - وقال - صلى الله عليه ، وسلم : " وليس وراء ذلك من الإيمان حبة خردل " . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - وقيل لابن مسعود : من ميت الأحياء ؟ فقال : الذي لا يعرف معروفا ، ولا ينكر منكرا ، وهذا هو المقتون الموصوف في حديث حذيفة بن اليمان . وهنا يغلط فريقان من الناس :

الفريق الأول : يترك ما يجب من الأمر ، والنهي ، تأويلا لهذه الآية القرآنية الكريمة ، كما قال أبو بكر الصديق - رضي الله تعالى عنه - في خطبته : " إنكم تعدون هذه الآية : " عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم " (٣) ، وإنكم تضعونها في غير موضعها ، وإني سمعت النبي - صلى الله عليه ، وسلم - يقول : " إن الناس إذا رأوا المنكر فلم يغيروه أوشك أن يعمهم الله بعقاب منه " .

والفريق الثاني : من يريد أن يأمر ، وينهى ، إما بلسانه ، وإما بيده مطلقا ، من غير فقه ، وحلم ، وصبر ، ونظر فيما يصلح من ذلك ، وما لا يصلح ، وما يقدر عليه ، وما لا يقدر ،

(١) سورة المائدة - الآية رقم (١٠٥) .

(٢) أنظر : ابن تيمية - الإشارة المقدمة .

(٣) سورة المائدة - الآية رقم (١٠٥) .

كما في حديث أبي ثعلبة الخشني ، سألت عنها رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - فقال : " بل اتمروا بالمعروف واتهوا عن المنكر ، حتى إذا رأيت شحا مطاعا ، وهو متسبعا ، ودنيا مؤثرة ، وإعجاب كل ذي رأى برأيه ، ورأيت أمرا لا يدان لك به ، فعليك بنفسك ، ودع عنك أمر العوام ، فإن من وراءك أيام الصبر ، الصبر فيهن مثل القبض على الجمر ، للعامل فيهن كأجر خمسين رجلا يعملون مثل عمله " . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - فيأتي بالأمر ، والنهي ، معتقدا أنه بذلك يكون مطيعا في ذلك لله - سبحانه ، وتعالى - ورسوله الكريم - صلى الله عليه ، وسلم - وهو يكون عندئذ معتد في حدوده ، كما انتصب كثيرا من أهل البدع ، والأهواء - كالخوارج ، والمعتزلة ، والرافضة ، وغيرهم - ممن غلط فيما أتاه من الأمر ، والنهي ، والجهاد على ذلك ، وكان فسادهم أعظم من صلاحه . ولهذا ، فقد أمر النبي - صلى الله عليه ، وسلم - بالصبر على جور الأئمة ، ونهى عن قتالهم ، ما أقاموا الصلاة ، وقال : " أدوا إليهم حقوقهم وسلوا الله حقوقكم " . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم .

الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر هو من أوجب الأعمال ، وأفضلها ، وأحسنها ،

والأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر هو من أوجب الأعمال ، وأفضلها ، وأحسنها ، فقد قال الله - تبارك ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ليبلوكم أيكم أحسن عملا " (١) . صدق الله العظيم . كما قال الفضيل بن عياض - رحمه الله تعالى : " أخلصه ، وأصوبه " ، فإن العمل إذا كان خالصا ، ولم يكن صوابا ، لم يقبل حتى يكون خالصا صوابا ، والخالص ، أن يكون لله - سبحانه ، وتعالى - والصواب ، أن يكون على السنة النبوية المطهرة .

فالعمل الصالح لا بد وأن يراد به وجه الله - سبحانه ، وتعالى - فإن الله - تبارك ، وتعالى - لا يقبل من العمل إلا ما أريد به وجهه وحده ، كما في الصحيح عن النبي - صلى الله عليه ، وسلم - أنه قال : " يقول الله أنا أغنى الشركاء عن الشرك ، من عمل عملا أشرك فيه غيري ، فأنا بريء منه ، وهو كله للذي أشرك " . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم .

وهذا هو التوحيد الذي هو أصل الدين الإسلامي الحنيف ، وهو دين الله - سبحانه ، وتعالى - الذي بعث به جميع رسله ، وله خلق الخلق ، وهو حقه على عباده أن يعبدوه ،

(١) سورة هود - الآية رقم (٧) .

ولا يشركوا به شيئاً ، ولا بد مع ذلك أن يكون العمل صالحاً ، وهو ما أمر الله - تبارك ، وتعالى - به ، ورسوله الكريم - صلى الله تعالى عليه ، وسلم - وهو الطاعة ، فكل طاعة تكون عملاً صالحاً ، وكل عملاً صالحاً يكون طاعة ، وهو العمل المشروع المسنون ، إذ المشروع المسنون هو المأمور به أمر إيجاب ، أو استحباب ، وهو العمل الصالح ، وهو الحسن ، والبر ، وهو الخير ، وعنده المعصية ، والعمل الفاسد ، والمسيئة ، والفجور ، والظلم .

ولما كان العمل لا بد فيه من شيتين : النية ، والحركة ، كما قال رسول الله - صلى الله تعالى عليه ، وسلم : " أصدق الأسماء حارث وهمام " . صدق رسول الله - صلى الله تعالى عليه ، وسلم - فكل أحد حارث ، وهمام ، له عمل ، ونية ، لكن النية المحمودة التي يتقبلها الله - سبحانه ، وتعالى - ويثيب عليها أن يراد الله - سبحانه ، وتعالى - بذلك العمل ، والعمل المحمود هو الصالح ، وهو المأمور به . ولهذا ، كان عمر بن الخطاب - رضى الله تعالى عنه - يقول في دعائه : " اللهم اجعل عملي كله صالحاً ، واجعله لوجهك خالصاً ، ولا تجعل لأحد فيه شيئاً " .

وإذا كان هذا حد كل عمل صالح ، فالأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر يجب أن يكون هكذا في حق نفسه ، ولا يكون عمله صالحاً ، إن لم يكن بعلم ، وفقه ^(١) ، كما قال عمر بن عبد العزيز - رضى الله تعالى عنه : من عيّد الله - سبحانه ، وتعالى - بغير علم كان ما يفسد أكثر مما يصلح " . وكما في حديث معاذ بن جبل - رضى الله تعالى عنه : " العلم إمام العمل ، والعمل تابعه " .

وهذا ظاهر أن القصد ، والعمل إن لم يكن بعلم ، كان جهلاً ، وضلالاً ، واتباعاً للهوى ، كما تقدم ، وهذا هو الفرق بين أهل الجاهلية ، وأهل الإسلام ، فلا بد من العلم بالمعروف ، والمنكر ، والتمييز بينهما ، ولا بد من العلم بحال المأمور ، والمنهى ^(٢) . ومن الصلاح أن يأتى بالأمر ، والنهي بالصرط المستقيم ، وهو أقرب الطرق إلى حصول المقصود ^(٣) .

^(١) أنظر : ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - ص ٦٩ .

^(٢) أنظر : ابن تيمية - الإشارة المقدمة .

^(٣) أنظر : ابن تيمية - الإشارة المقدمة .

لا بد في الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر من الرفق :

لا بد في الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر من الرفق ^(١) ، كما قال النبي - صلى الله عليه وسلم : " ما كان الرفق في شيء إلا زانه ، ولا كان العنف في شيء إلا شانه " . صدق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كما قال أيضا : " إن الله تعالى رفيق يحب الرفق في الأمر كله ، ويعطي عليه ما لا يعطي على العنف " . صدق رسول الله - صلى الله عليه وسلم .

لا بد في الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر أن يكون حليما ، صبورا على الأذى :

لا بد في الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر أن يكون حليما ، صبورا على الأذى ، فإنه لا بد أن يحصل له الأذى ، فإن لم يحلم ، ويصبر ، كان ما يفسد أكثر مما يصلح ^(٢) ، كما قال لقمان لابنه : " وأمر بالمعروف وأنه عن المنكر واصبر على ما أصابك إن ذلك من عزم الأمور " ^(٣) . صدق الله العظيم .

ولهذا ، أمر الله - تبارك ، وتعالى - الرسل - وهم أئمة الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر - بالصبر ، بقوله - سبحانه ، وتعالى - لخاتم الرسل - صلى الله عليه وسلم - بل إن ذلك يكون مقرونا بتبليغ الرسالة ، فإنه أول ما أرسل أنزلت عليه سورة : " ياليتها المدثر " . صدق الله العظيم . وذلك بعد أن أنزلت عليه سورة " اقرأ " والتي بها نبأ ، فقال - سبحانه ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ياليتها المدثر ، قم فأنذر ، وربك فكبر ، وثيابك فطهر ، والرجز فاهجر ، ولا تمنن تستكثر ، ولربك فاصبر " ^(٤) . صدق الله العظيم ، فافتتح آيات الإرسال إلى الخلق بالأمر بالندارة ، وختمها بالأمر بالصبر ، ونفس الإنذار يكون أمرا بالمعروف ، ونهيا عن المنكر ، فعلم أنه يجب بعد ذلك الصبر .

^(١) أنظر : ابن تيمية - الإشارة المتقدمة .

^(٢) أنظر : ابن تيمية - الإشارة المتقدمة .

^(٣) سورة لقمان - الآية رقم (١٧) .

^(٤) سورة المدثر - الآية رقم ١ - ٧ .

وقال - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " واصبر لحكم ربك فإنك بأعيننا " (١) . صدق الله العظيم . كما قال - سبحانه ، وتعالى - أيضا ، بسم الله الرحمن الرحيم : " واصبر على ما يقولون واهجرهم هجرا جميلا " (٢) . صدق الله العظيم . ويقول - سبحانه ، وتعالى - أيضا ، بسم الله الرحمن الرحيم " فاصبر كما صبر أولسو العزم من الرسل " (٣) . صدق الله العظيم . كما قال - سبحانه ، وتعالى - بسم الله الرحمن الرحيم " فاصبر لحكم ربك ولا تكن كصاحب الحوت " (٤) . صدق الله العظيم . " واصبر وما صبرك الا بالله " (٥) . ويقول - سبحانه ، وتعالى - بسم الله الرحمن الرحيم " واصبر فإن الله لا يضيع أجر المحسنين " (٦) . صدق الله العظيم .

فلا بد من هذه الأمور الثلاثة فى الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر : العلم ، الرفق ، والصبر . العلم قبل الأمر ، والنهى ، والرفق معه ، والصبر بعده ، وإن كان كل من هذه الأمور الثلاثة يكون مستصحباً فى هذه الأحوال (٧) ، وهذا كما جاء فى الأثر عن بعض السلف ، ورووه مرفوعاً ، ذكره القاضى أبو يعلى فى المعتمد : " لا يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر إلا من كان فقيهاً فيما يأمر به ، فقيهاً فيما ينهى عنه ، رفيقاً فيما يأمر به ، رفيقاً فيما ينهى عنه ، حليماً فيما يأمر به ، حليماً فيما ينهى عنه " (٨) .

(١) سورة الطور - الآية رقم (٤٨) .

(٢) سورة الزمل - الآية رقم (١٠) .

(٣) سورة الأحقاف - الآية رقم (٣٥) .

(٤) سورة القلم - الآية رقم (٤٨) .

(٥) سورة النمل - الآية رقم (٢٧) .

(٦) سورة هود - الآية رقم (١١٥) .

(٧) أنظر : ابن تيمية - الحسبة فى الإسلام - ص ٧١ .

(٨) أنظر : ابن تيمية - الإشارة المتقدمة .

وليعلم أن الأمر بهذه الخصال في الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر مما يوجب صعوبة على كثير من النفوس ، فيظن أنه بذلك يسقط عنه ، فيدعه ، وذلك مما يضره ، أكثر مما يضره الأمر بدون هذه الخصال ، أو أقل ، فإن ترك الأمر الواجب يكون معصية - بحسب قدرتهم ^(١) ، وكل من هذين الأمرين فيه من الصعوبة ما فيه ، وإن كان يسيرا على من يسره الله - سبحانه ، وتعالى - له عليه ، وهذا لأن الله - تبارك ، وتعالى - أمر المؤمنين بالإيمان ، والعمل الصالح ، وأمرهم بدعوة الناس ، وجهادهم على الإيمان ، والعمل الصالح ، ولكنهم كما قال الله - تبارك ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ولينصرون الله من ينصره إن الله لقوى عزيز ، الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر والله عاقبة الأمور " ^(٢) . صدق الله العظيم . وكما قال الله - سبحانه ، وتعالى - أيضا ، بسم الله الرحمن الرحيم : " إنا للنصر رسلنا والذين آمنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الأشهاد " ^(٣) . صدق الله العظيم . وكما قال - تبارك ، وتعالى - أيضا ، بسم الله الرحمن الرحيم : " وإن جندنا لهم الغالبون " ^(٤) . صدق الله العظيم . ولما كان في الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، والجهاد في سبيل الله - سبحانه ، وتعالى - من الإبتلاء ، والمحن ، ما يعرض به المرء للفتنة ، صار في الناس من يتعلل لترك ماوجب عليه بأن يطلب السلامة من الفتنة ، كما قال عن المنافقين ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ومنهم من يقول إئذنى لى ولاتفتنى ألا فى الفتنة سقطوا " ^(٥) . صدق الله العظيم . وقد ذكر فى التفسير أنها نزلت فى الجد بن قيس ، لما أمره النبى - صلى الله عليه ، وسلم - بالتجهز لغزو الروم ، فقال : " هل لك فى نساء بنى الأصفر ؟ . فقال : يا رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - إني رجل لأصبر على

١ - أنظر : ابن تيمية - الإشارة المقدمة .

٢ - سورة الحج - الآية رقم (٤٠) ، (٤١) .

٣ - سورة غافر - الآية رقم (٥١) .

٤ - سورة الشعراء - الآية رقم (٤٤) .

٥ - سورة التوبة - الآية رقم (٤٩) .

النساء ، وإني أخاف الفتنة بنساء بني الأصفر ، فاذن لي ، ولا تفتني " ، وهذا الجد هو الذي تخلف عن بيعة الرضوان تحت الشجرة ، واستتر بجمل أحمر ، وجاء فيه الحديث : " إن كلهم مغفورا له إلا صاحب الجمل الأحمر " ، فأنزل الله - تبارك ، وتعالى - فيه ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ومنهم من يقول اذن لي ولا تفتني ألا في الفتنة سقطوا " . صدق الله العظيم . يقول أنه طلب القعود ، ليسلم من فتنة النساء ، فلا يفتنن بهن ، فيحتاج إلى الإحتراز من المحذور ، ومجاهدة نفسه ، فيتعذب بذلك ، أو يواقع ، فيأثم ، فإن من رأى الصور الجميلة ، وأحبها ، فإن لم يتمكن منها - إما لتحريم الشارع الإسلامي الحنيف ، وإما للعجز عنها - يعذب قلبه ، وإن قدر عليها ، وفعل المحذور ، هلك ، وفي الحلال من ذلك من معالجة النساء فيه بلاء ، فهذا وجه قوله : " ولا تفتني " ، قال الله - تبارك ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ألا في الفتنة سقطوا " . صدق الله العظيم ، يقول : نفس إعراضه عن الجهاد الواجب ، ونكوله عنه ، وضعف إيمانه ، ومرض قلبه ، والذي زين له ترك الجهاد فتنة عظيمة قد سقط فيها ، فكيف يطلب التخلص من فتنة صغيرة لم تصبه بوقوعه في فتنة عظيمة قد أصابته ، والله - سبحانه ، وتعالى - يقول في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله " . صدق الله العظيم . فمن ترك القتال الذي أمر الله - تبارك ، وتعالى - به ، لئلا تكون فتنة ، فهو في الفتنة يكون ساقطا ، بما وقع فيه من ريب قلبه ، ومرض فؤاده ، وتركه مأمرا الله - تبارك ، وتعالى - به من الجهاد ^(١) .

كل بشر على وجه الأرض فلا بد له من أمر ، ونهى ، ولا بد أن يأمر ، وينهى ، حتى ولو أنه وحده ، لكان يأمر نفسه ، وينهاها ، إما بمعروف ، وإما بمنكر :

كل بشر على وجه الأرض فلا بد له من أمر ، ونهى ، ولا بد أن يأمر ، وينهى ، حتى ولو أنه وحده ، لكان يأمر نفسه ، وينهاها ، إما بمعروف ، وإما بمنكر ^(٢) ، كما قال الله - تبارك ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " إن النفس لأمره

١ - أنظر : ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - ص ٩٣ .

^(٢) أنظر : ابن تيمية - الإشارة المتقدمة .

بالسوء" (١). صدق الله العظيم ، فإن الأمر هو طلب الفعل ، وإرادته ، والنهي هو طلب الترك ، وإرادته ، ولابد لكل حي من إرادة ، وطلب في نفسه ، يقتضى بهما فعل نفسه ، ويقتضى بهما فعل غيره ، إذا أمكن ذلك ، فإن الإنسان حي يتحرك بإرادته .

وإذا كان الأمر ، والنهي من لوازم بنى آدم ، فمن لم يأمر بالمعروف الذى أمر الله - تبارك ، وتعالى - به ، ورسوله الكريم - صلى الله عليه ، وسلم - وينه عن المنكر ، الذى نهى الله - تبارك ، وتعالى - عنه ، ورسوله الكريم - صلى الله عليه ، وسلم - وإلا فلا بد أن يأمر ، وينهى ، ويؤمر ، وينهى ، إما بما يضاد ذلك ، وإما بما يشترك فيه الحق الذى أنزله الله - تبارك ، وتعالى - بالباطل ، والذى لم ينزله الله - تبارك ، وتعالى - وإذا اتخذ ذلك ديناً ، كان ديناً مبتدعاً (٢) .

كما أن كل بشر متحركاً بإرادته همّام حارث ، فمن لم تكن نيته صالحة ، وعمله عملاً صالحاً ، لوجه الله - تبارك ، وتعالى - وإلا كان عملاً فاسداً ، أو لغير وجه الله - تبارك ، وتعالى - وهو الباطل ، كما قال الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " إن سعيكم لثتى " . صدق الله العظيم . وهذه الأعمال كلها باطلة من جنس أعمال الكفار الذين كفروا ، وصدوا عن سبيل الله ، أضل أعمالهم ، وقد قال الله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " والذين كفروا أعمالهم كسراب بقيعة يحسبه الظمآن ماء حتى إذا جاءه لم يجده شيئاً ووجد الله عنده فوفاه حسابه والله سريع الحساب " (٣) . صدق الله العظيم . كما قال الله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " وقدمنا إلى ما عملوا من عمل فجعلناه هباء منثوراً " (٤) . صدق الله العظيم .

(١) سورة يوسف - الآية رقم (٥٣) .

(٢) أنظر : ابن تيمية - الإشارة المتقدمة .

(٣) سورة النور - الآية رقم (٣٩) .

(٤) سورة الفرقان - الآية رقم (٢٣) .

أمر الله - تبارك ، وتعالى - في كتابه بطاعته ، وطاعة رسوله الكريم صلى الله عليه ، وسلم - وطاعة أولى الأمر من المؤمنين :

أمر الله - تبارك ، وتعالى - في كتابه بطاعته ، وطاعة رسوله الكريم - صلى الله عليه ، وسلم ، وطاعة أولى الأمر من المؤمنين ، كما قال - سبحانه ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً " (١) . صدق الله العظيم .

أولو الأمر هم أصحاب الأمر ، وذووه ، وهم الذين يأمرون الناس ، وذلك يشترك فيه أهل اليد ، والقدرة ، وأهل العلم ، والكلام :

أولو الأمر هم أصحاب الأمر ، وذووه ، وهم الذين يأمرون الناس ، وذلك يشترك فيه أهل اليد ، والقدرة ، وأهل العلم ، والكلام (٢) . فلهذا ، كان أولوا الأمر صنفين : العلماء ، والأمراء ، فإذا صلحوا ، صلح الناس ، وإذا فسدوا ، فسد الناس ، كما قال أبو بكر الصديق - رضي الله تعالى عنه - للأحمية لما سأله : " ما بقاؤنا على هذا الأمر ؟ " . قال : " ما استقامت لكم أئمتكم " ، ويدخل فيهم الملوك ، والمشايخ ، وأهل الديوان ، وكل من كان متبوعاً ، فإنه من أولى الأمر ، وعلى كل واحد من هؤلاء أن يأمر بما أمر الله - تبارك ، وتعالى - ولا يطيعه في معصية الله - تبارك ، وتعالى - كما قال أبو بكر الصديق - رضي الله تعالى عنه - حين تولى أمر المسلمين ، وخطبهم ، فقال في خطبته : " أيها الناس القوي فيكم ضعيفا عندي ، حتى آخذ منه الحق ، والضعيف فيكم قويا ، حتى آخذ له الحق ، أطيعوني ما أطعت الله فيكم ، فإذا عصيت الله ، فلاطاعة لي عليكم " .

(١) سورة النساء - الآية رقم (٥٩) .

(٢) أنظر : ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - ص ٩٥ .

المبحث الثالث

الهدف من دعاوى الحسبة

" حكمة مشروعية الحسبة فى الإسلام " (١)

حكمة مشروعية الحسبة فى الدين الإسلامى الحنيف هى توقى العذاب ، واستنزال رحمة الله - سبحانه ، وتعالى :

تكون حكمة مشروعية الحسبة فى الدين الإسلامى الحنيف ظاهرة ، لأن تبليغ الدعوة الإسلامية بجميع معانيها يندرج تحت مفهوم الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر (٢) . كما أن من حكمة مشروعيتها توقى العذاب ، واستنزال رحمة الله - سبحانه ، وتعالى - وبيان ذلك ، أن المعاصى تكون سببا للمصائب ، وما ينزل على الناس من عذاب التأديب ، أو الإنتقام ، أو الإستتصال (٣) ، وبهذا جرت سنة الله - سبحانه ، وتعالى - يقول الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " وما أصابكم من مصيبة فبما كسبت أيديكم ويعطو عن كثير . . . " . صدق الله العظيم . وإذا كان الكفر ، والفسوق ، والعصيان سببا للمصائب ، والهلاك ، فقد يذنب الرجل ، أو الطائفة ، ويسكت الآخرون ، فلا يأمرهم ، ولا ينهون ، فيكون ذلك من ذنوبهم ، فتصيبهم المصائب (٤) ، وفى الحديث النبوى الشريف : " إن الناس إذا رأوا المنكر فلم يغيروه أوشك الله - سبحانه ، وتعالى - أن يعذبهم بعذاب منه " . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم .

١ - فى بيان الهدف من دعاوى الحسبة ، أنظر : عبد الحكيم عباس قرنى عكاشة - الصفة فى العمل الإجرائى فى قانون المرافعات المصرى ، والفرنسى - ١٩٩٥ - بند ١٢٤ ، ص ٢٦٢ .

(٢) أنظر : عبد الكريم زيدان - أصول الدعوى - ط ٣ - ١٩٧٥ - دار البيان بالقاهرة - ص ١٦٧

(٣) أنظر : عبد الكريم زيدان - الإشارة المقدمة .

(٤) أنظر : عبد الكريم زيدان - الإشارة المقدمة .

وكما أن المعصية تكون سببا للمصيبة ، والعذاب ، فإن الطاعة تكون سببا للنعمة ، والرخاء ، ورضوان الله - تبارك ، وتعالى ^(١) - وبذلك ، جرت سنة الله - سبحانه ، وتعالى - يقول الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ولئن شكرتم لأزيدنكم " . صدق الله العظيم . ويقول أيضا : " فاتاهم الله ثواب الدنيا وحسن ثواب الآخرة . . . " . صدق الله العظيم .

تبدو الحسبة كأمر بالمعروف ، ونهى عن المنكر ، بأنها سببا فى استخلاف الإنسان فى الأرض ، حتى يتحقق صلاحه ، وصلاح الأرض التى استخلف فيها :

تبدو الحسبة كأمر بالمعروف ، ونهى عن المنكر ، بأنها سببا فى استخلاف الإنسان فى الأرض ، حتى يتحقق صلاحه ، وصلاح الأرض التى استخلف فيها ، قال الله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " إنا عرضنا الأمانة على السماوات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها ، وأشفقن منها ، وحملها الإنسان ، إنه كان ظلوما جهولا " . صدق الله العظيم ^(٢) . وقال - سبحانه ، وتعالى - أيضا : " وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل فى الأرض خليفة ، قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء " . صدق الله العظيم ^(٣) . كما قال الله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض " ^(٤) . صدق الله العظيم . ويقول - جل شأنه - أيضا ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع ، وبيع وصلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيرا " . صدق الله العظيم ^(٥) .

والله - سبحانه ، وتعالى - لم يستخلف الناس فى الأرض ليعيشوا على هواهم ، ويفعلوا ما يشاءون ، دون قيد ، أو شرط ، وليتركوا ما يشاءون ، دون حسيب ، أو رقيب ، وإنما

(١) أنظر: عبد الكريم زيدان - الإشارة المتقدمة .

(٢) سورة الأحزاب - الآية رقم (٧٢) .

(٣) سورة البقرة - الآية رقم (٣٠) .

(٤) سورة البقرة - الآية رقم (٢٥١) .

(٥) سورة الحج - الآية رقم (٤٠) .

استخلفهم ليطيعوا أمره ، وينتهوا بنهيهِ . ولذا ، لم يترك البشر من غير هدى ، حيث وردت الشرائع السماوية عليهم منذ آدم ، إلى أن انتهت بالشرعية الإسلامية الغراء ، وقوام كل هذه الشرائع الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، والذي هو جوهر الحسبة (١) .

تقوم الحسبة في الشريعة الإسلامية الغراء على نظرية الدفاع الشرعى عن المجتمع ، وذلك بقيام كل فرد من أفرادهِ بالأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر :

تقوم الحسبة في الشريعة الإسلامية الغراء على نظرية الدفاع الشرعى عن المجتمع ، وذلك بقيام كل فرد من أفرادهِ بالأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، فإذا تخلفوا جميعاً عن أداء هذا الواجب ، عمهم العذاب ، حتى لايتعرض المجتمع للفوضى ، والإضطراب (٢) .

وتهدف دعاوى الحسبة إلى الدفاع عن المجتمع الإسلامى ، وحفظه من الإتحلال ، وذلك بقيام كل فرد من أفرادهِ بالأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر (٣) . فإذا ترك الشخص ، وهواه ، يأتى من الأفعال مايشاء ، دون حدود لايتعداها ، وقيود لم يتجاوزها ، ولم يؤخذ على أيدي الظالمين ، ولم يكن للخير داع ، ولا للشر زاجر ، ولا للمنكر رادع ، عمّت الفوضى ، وساءت الحال ، وشاعت الضلالة ، واستشرى الفساد (٤) . ولمنع هذا ، فقد شرعت الديانات ، وظهرت الرسالات السماوية ، الأمرة بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، ليتحقق السلام ، والأمن ، والإستقرار ، والنظام ، وصلاح العباد ، والنجاة من

(١) أنظر : عبد الحكيم عباس قرني عكاشة - الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصرى ، والفرنسى - ١٩٩٥ - بند ٢١١ ، ص ٢٥٨ .

(٢) أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٢ .

(٣) أنظر : حسن الليدى - دعاوى الحسبة - بند ٣٦ ، ص ٤٥ ، عبد الحكيم عباس قرني عكاشة - المرجع السابق - ١٩٩٥ - بند ١٢٤ ، ص ٢٦٢ .

(٤) أنظر : عبد الحكيم عباس قرني عكاشة - الإشارة المقدمة .

العذاب (١) ، يقول الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " فلما نسوا ما ذكروا به أنجيناهم الذين يتهون عن السوء وأخذنا الذين ظلموا بعذاب بئس ما كانوا يفسقون " . صدق الله العظيم . ولذا ، كان الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر سبيل النبیین ، والمرسلین ، وطريق المرشدين الصادقين ، ومنهاج الهادين الصالحين ، وكان أمرا واجبا ، وشريعة ضرورية ، ومذهبا واجبا ، سواء فى ذلك أسميت بهذا الاسم ، أو بأسم آخر - كالأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر - (٢) ، وقد سارت بسببها هذه الأمة الاسلامیة خیر أمة أخرجت للناس ، يقول الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " كنتم خیر أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله " . صدق الله العظيم .

وقد روى أن أبيا بكر الصديق - رضى الله تعالى عنه - خطب الناس فقال : " أيها الناس إنكم تقرأون قول الله - تبارك ، وتعالى - بسم الله الرحمن الرحيم : " يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم " ، فتضعونه فى غير موضعه ، وإلى سمعت رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - يقول : " إن الناس إذا رأوا المنكر فلم يغيروه أوشك أن يصبغهم الله بعقاب منه " ، رواه أبو داود ، والترمذى .

وجاء فى حديث آخر أن المعصية إذا أخفيت ، لم تضر إلا صاحبها ، وإذا ظهرت فلم تنكر ، ضرت العامة ، وفى هذا المعنى ، ماروى عن النعمان بن بشير - رضى الله تعالى عنه - أنه قال : " مثل المداخن فى حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا فى سفينة فصار بعضهم فى أسفلها وبعضهم فى أعلاها ، فكان الذى فى أسفلها يمر بالماء على الذين فى أعلاها ، فتأذوا به ، فأخذ فأسا ، فجعل ينقر أسفل السفينة ، فتأوه ، ففقالوا ماله ؟ قال تأذيتهم ولا بد لى من الماء ، فإين أخذوا على يديه الماء ، أنجوه ، وأنجوا أنفسهم ، وإن تركوه ، أهلكوه ، وأهلكوا أنفسهم " .

(١) أنظر : بدوت نوال محمد بدير - أركان الحسبة - المقالة المشار إليها - ص ٩٩ ، عبد الحكيم عباس قرنى عكاشة - الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : بدوت نوال محمد بدير - أركان الحسبة - ص ٧٦ .

المبحث الرابع

دليل مشروعية الحسبة فى الإسلام
 " أساس الحسبة فى الشريعة الإسلامية الغراء "

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب متتالية ،
 وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول : دل على طلب الشرع الإسلامى الحنيف للحسبة القرآن الكريم .

المطلب الثانى : حضت على الحسبة السنة النبوية المطهرة ، وأمرت بها فى العديد
 من الأحاديث النبوية الشريفة ، وأكدت أن ترك الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر
 يكون سببا لعقاب الله - سبحانه ، وتعالى - وعدم استجابته للدعاء .

والمطلب الثالث : إتفقت كلمة المجتهدين من السلف ، والخلف على وجوب الأمر
 بالمعروف ، والنهى عن المنكر ، حسبة لله - سبحانه ، وتعالى - وإبتغاء مرضاته .
 وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

المطلب الأول

دل على طلب الشرع الإسلامى

الحنيف للحسبة القرآن الكريم (١)

بما أن الحسبة هي أمرا بمعروف ، أو نهيا عن منكر ، وبما أنها تمثل دفاعا عن حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - الخالصة ، أو الغالبة ، فإن الله - سبحانه ، وتعالى - قد فرضها على عباده في كتابه العزيز ، فأمر بها ، وحض على القيام بها :

بما أن الحسبة هي أمرا بمعروف ، أو نهيا عن منكر ، وبما أنها تمثل دفاعا عن حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - الخالصة ، أو الغالبة ، فإن الله - سبحانه ، وتعالى - قد فرضها على عباده في كتابه العزيز ، فأمر بها ، وحض على القيام بها ، وذلك بأساليب مختلفة ، فكان اختلاف الأساليب ، وتعدد دلائل ظهورها ، فرضيتها ، وارتفاعها في المكانة إلى مصاف الفروض التي قام الدين الإسلامى الحنيف عليها (٢) .

دل على طلب الشرع الإسلامى الحنيف للحسبة القرآن الكريم :

دل على طلب الشرع الإسلامى الحنيف للحسبة القرآن الكريم ، فكل آية قرآنية وردت في الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر هي دليلا على مشروعية الحسبة ، وطلب الشرع الإسلامى الحنيف لها . والواقع أن القرآن الكريم دل على طلب الحسبة بأساليب متنوعة ، فطورا يأمر بها ، وتارة يجعلها وصفا لازما للمؤمنين ، وسببا لخيرية الأمة الإسلامية ، وأن الغاية من التمكين في الأرض ، والظفر بالسلطان ، والحكم هو الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وأن ترك ذلك يكون سببا لاستحقاق اللعنة من الله - سبحانه ، وتعالى .

١ - في بيان أساس دعوى الحسبة ، أنظر : عبد الحكيم عباس قرني عكاشة - الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصري ، والفرنسي - ١٩٩٥ - بند ٢١٣ ، ص ٢٥٩ ، وما بعدها .

(٢) أنظر : بدوت نوال محمد بدير - ص ٩٤ ، وما بعدها ، عبد الحكيم عباس قرني عكاشة - الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصري ، والفرنسي - ١٩٩٥ - بند ٢١٣ ، ص ٢٥٩ .

فأصل دعوى الحسبة يكون مستمدا من الشريعة الإسلامية الغراء^(١) ، إعمالا لقول الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون " (٢) . صدق الله العظيم . فقد فرض الله - سبحانه ، وتعالى - الحسبة ، وأمر بها ، وجعل ترك الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر " الحسبة " من خطوات الشيطان ، فقال الله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " يا أيها الذين آمنوا لا تتبعوا خطوات الشيطان ومن يتبع خطوات الشيطان فإنه يأمر بالفحشاء والمنكر " (٣) . صدق الله العظيم . وجعل العمل بخلافها من صفات المنافقين ، وذلك فى قوله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " المنافقون والمنافقات بعضهم من بعض يأمرون بالمنكر وينهون عن المعروف " (٤) . صدق الله العظيم . وذن من تركها ، وجعل من تركها سببا للعة ، وذلك فى قوله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " لعن الذين كفروا من بنى إسرائيل على لسان داوود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون ، كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ماكانوا يفعلون " (٥) . صدق الله العظيم .

(١) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ - الرسالة المشار إليها - ص ٣٧١ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - ص ٣٣١ ، : أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١٧١ ، أحمد هندى - قانون المرافعات - بند ٦٣ (د) ، ص ٥٠٥ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٨٤ ، إبراهيم أمين النفاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٢

(٢) سورة آل عمران - الآية رقم (١٠٤) .

(٣) سورة النور - الآية رقم (٢١) .

(٤) سورة التوبة - الآية رقم (٦٧) .

(٥) سورة المائدة - الآيتان رقمى (٧٨) ، (٧٩) .

وقال الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض " . صدق الله العظيم ^(١) . كما قال الله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيرا " . صدق الله العظيم ^(٢) .

وقال الله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة ، وآتوا الزكاة ، وأمروا بالمعروف ، ونهوا عن المنكر " . صدق الله العظيم ^(٣) . كما قال - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان " . صدق الله العظيم .

وقال الله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ، يأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر " . صدق الله العظيم ^(٤) .

كما قال الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر . . . " . صدق الله العظيم .

وقال الله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر " . كما قال الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر " .

(١) سورة البقرة - الآية رقم (٢٥٩) .

(٢) سورة الحج - الآية رقم (٤٠) .

(٣) سورة الحج - الآية رقم (٤١) .

(٤) سورة التوبة - الآية رقم (٧١) .

المطلب الثاني

حضت على الحسبة السنة النبوية المطهرة ، وأمرت بها في
العديد من الأحاديث النبوية الشريفة ، وأكدت أن ترك الأمر
بالمعروف ، والنهي عن المنكر يكون سببا لعقاب الله - سبحانه ،
وتعالى - وعدم استجابته للدعاء

حضت على الحسبة السنة النبوية المطهرة ، وأمرت بها في العديد من الأحاديث النبوية
الشريفة ، وأكدت أن ترك الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر يكون سببا لعقاب الله -
سبحانه ، وتعالى - وعدم استجابته للدعاء ، فقد روى عن النبي - صلى الله عليه ،
وسلم - أنه قال : " والذي نفسي بيده لتأمرن بالمعروف ، ولتنتهون عن المنكر ، أو
ليوشكن الله أن يبعث عليكم عقابا منه ثم تدعونه فلا يستجاب لكم " ، رواه
الترمذي (١) .

وقول رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم : " لتأمرن بالمعروف ولتنتهون عن المنكر ،
أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعو خياركم فلا يستجاب لهم " .

وقول رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم : " أفضل شهداء أمتي رجل قام إلى إمام جائر
فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر ، ففقتله على ذلك " .

وعن أبي بكر الصديق - رضي الله تعالى عنه - أنه قال : يا أيها الناس إكم تفرعون
هذه الآية : " يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم " (٢) ،
وإني سمعت رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - يقول : " إن الناس إذا رأوا الظالم
فلم يأخذوا على يديه " أي يمنعوه من الظلم باليد ، أو باللسان ، أو بالقلب " أوشك أن
يعمهم الله - سبحانه ، وتعالى - بعقاب منه " - رواه أبو داود (٣) .

(١) أنظر : رياض الصالحين - ص ١٠٥ .

(٢) سورة النساء - الآية رقم (٨٥) .

(٣) أنظر : رياض الصالحين - الإشارة المقدمة .

وعن أبي سعيد الخدري - رضي الله تعالى عنه - أنه قال : سمعت رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - يقول : " من رأى منكم منكرا فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان " - رواه مسلم ^(١) .

وقال رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم : " إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يضرِبوا على يديه ، أوشك أن يعصمهم الله بعقاب منه " . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم ^(٢) .

كما قال رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم : " أنصر أخاك ظالما أو مظلوما " ^(٣) . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم .

كما ورد في الحديث النبوي الشريف : " عذب أهل قرية عمل الأنبياء ، لأنهم لم يكونوا يقضون الله - سبحانه ، وتعالى - ولا يأمرون بالمعروف ، ولا ينهون عن المنكر " ^(٤) .

^(١) أنظر : الإمام النووي - رياض الصالحين - باب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر - ص ٩٩ .

^(٢) رواه أبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه .

^(٣) حيث تم نصرته كظام بكفه عن ظلمه .

^(٤) أنظر : الفزالي - إحياء علوم الدين - طبعة الشعب - ص ١١٩٣ ، وما بعدها ، المعتمد - المواقف مسع شرح الجرجاني ، وتعليق محمد بيسار - الطبعة الثالثة - ص ١٩٥ ، ابن حزم - الأحكام في أصول الأحكام - الجزء الخامس - ص ٧٣٢ ، وما بعدها .

والمطلب الثالث

إنفقت كلمة المجتهدين من السلف ، والخلف على وجوب الأمر
بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، حسبة لله - سبحانه ، وتعالى
- وابتغاء مرضاته

إنفقت كلمة المجتهدين من السلف ، والخلف على وجوب الأمر بالمعروف ، والنهي عن
المنكر ، حسبة لله - سبحانه ، وتعالى - وابتغاء مرضاته (١) .

(١) أنظر : إبراهيم الشهراوي - الحسبة في الإسلام - ص ٤ ، أحمد محمد مليجي موسى - تحديد نطاق
الولاية القضائية ، والإختصاص القضائي - الرسالة المشار إليها - ص ٣٤٩ .

المبحث الخامس

الحسبة فى الشريعة الإسلامية

الغراء من واجبات الكفاية

الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر فى الشريعة الإسلامية الغراء ليس رخصة منحها الله - سبحانه ، وتعالى - للعباد ، وليس حقا يأتيه المسلم ، أو يتركه حسب إرادته ، وإنما يكون واجبا ، ليس له حق التخلّى عن أدائه ، وهذا الواجب يقع على جميع أفراد الأمة الإسلامية ، ويطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء إصطلاح الواجب الكفائى ، وهو الذى إذا قام به البعض ، سقط الإلتزام بأدائه عن الجميع :

الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر فى الشريعة الإسلامية الغراء ليس رخصة منحها الله - سبحانه ، وتعالى - للعباد ، وليس حقا يأتيه المسلم ، أو يتركه حسب إرادته ، وإنما يكون واجبا عليه ، ليس له حق التخلّى عن أدائه ^(١) ، وهذا الواجب يقع على جميع أفراد الأمة الإسلامية ^(٢) ، ويطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء إصطلاح : " الواجب الكفائى " ، وهو الذى إذا قام به البعض ، سقط الإلتزام بأدائه عن

(١) أنظر : عبد الحكيم عباس قرن عكاشة - الصفة فى العمل الإجرائى فى قانون المرافعات المصرى ، والفرنسى - ١٩٩٥ - بند ٢١٣ ، ص ٢٦٠ .

(٢) أنظر : عبد الحكيم عباس قرن عكاشة - الإشارة المتقدمة .

الجميع^(١) . فالحسبة تكون فرضاً من فروض الكفاية^(٢) ، وهي تكون واجبة على كل مسلم^(٣) .

قد ينظر للحسبة - وهي أمراً بالمعروف ، ونهياً عن المنكر - من ناحية المطالب بها ، وقد ينظر إليها من حيث هي أمراً ، ونهياً ، فمن الناحية الأولى ، هي فرضاً كفايياً ، إذا قام به البعض ، سقط عن الباقيين ، وإن لم يقم به أحد ، أثم القادرون جميعاً ، وقد نصير فرض عين ، إذا تعينت على شخص معين ، كما أنها قد تصير مستحبة بالنسبة للمسلم غير واجبة عليه ، بل وقد تصير محرمة في ظروف خاصة :

قد ينظر للحسبة - وهي أمراً بالمعروف ، ونهياً عن المنكر - من ناحية المطالب بها ، وقد ينظر إليها من حيث هي أمراً ، ونهياً ، فمن الناحية الأولى ، هي فرضاً كفايياً ، إذا قام به البعض ، سقط عن الباقيين ، وإن لم يقم به أحد ، أثم القادرون جميعاً . فالحسبة هي فرضاً من فروض الكفاية^(٤) ، فهي من الواجبات التي لا يجوز التخلي عنها ، لقول الله - تبارك وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " كنتم خير أمة أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر " ^(٥) . صدق الله العظيم ، ويقع هذا الواجب على جميع الأمة ، وهو من واجبات الكفاية ، فلا يسقط الإلتزام بأدائه عن كل واحد منهم إلا إذا أداه أحدهم ، أو بعضهم ، فيتعين على القادر منهم أن يؤديه ،

^(١) أنظر : الشاطبي - الموافقات - الجزء الأول - ص ١١٤ ، عبد الحكيم عباس قرني عكاشة - الإشارة المقدمة .

^(٢) أنظر : فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - بند ٣٣ ، ص ٦٣ ، نبيل إسماعيل عمر - الوسيط في قانون المرافعات - ١٩٩٩ - الدار الجامعية للنشر بالأسكندرية - ص ٢٥٠ .

^(٣) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٨٤ .

^(٤) أنظر : أحمد هندی - قانون المرافعات - بند ٦٣ (د) ، ص ٥٠٥ .

^(٥) سورة آل عمران - الآية رقم (١١٠) .

كما يتعين على غير القادر أن يستنهض القادر لفعله ، فإذا أداه واحد منهم ، ناب في الأداء عن جميعهم ^(١) .

فحكم الحسبة الوجوب ، فهي تكون فرضاً ، وقد اتفق العلماء على أنها من فروض الكفاية ، إذا قام بها بعض الأمة ، سقط الطلب عن باقيها ، إذ أن الآيات القرآنية الشريفة لا تدل على وجوبها على الأمة في مجموعها ، بوصف أنها أمة ، وذلك ما يتحقق بقيام طائفة منها بذلك ، وإقرار باقيها عليه ، وهو ما يدل عليه قول الله - تبارك ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ولتكن منكم أمة " . صدق الله العظيم . إذا كانت من التبعية ، وهذا هو المعنى الذي يتسق ، ويتفق مع حال الأمم ، من وجود أفراد يستطيعون القيام بها ، وآخرين لا يستطيعونه ، لأسباب شتى ، ووجوبها على الكفاية ، لا ينفي أنها إنما تجب على القادر عليها ، وأنه كلما كانت المقطرة عليها أعظم ، كان وجوبها أكبر ، وأوثق ، حتى إنها لتصير فرض عين على أناس بحكم مناصبهم - كأولى الأمر من الخلفاء ، والأمراء ، والحكام ، ومن ينصب لذلك .

وقد تصير الحسبة فرض عين ، إذا تعينت على شخص معين ، كما أنها قد تصير مستحبة بالنسبة للمسلم غير واجبة عليه ، بل وقد تصير محرمة في ظروف خاصة . أما من الناحية الثانية - أى بالنظر إلى ذاتها - فإنه تكون - على رأى البعض - واجبة ، أو مندوبة ، بالنظر إلى موضوعها - أى إلى ما تتعلق به - فإن كانت أمراً بواجب ، أو نهياً عن حرام ، كانت الحسبة واجبة - سواء كان وجوبها عينياً ، أو كفائياً - وإن كان موضوع ، أو ما يتعلق به مندوباً ، كانت مندوبة ، وقال البعض الآخر من الفقهاء ، إن الحسبة تكون واجبة دائماً بغض النظر عما تتعلق به ^(٢) .

^(١) أنظر : إبراهيم أمين النقيوى - أصول النقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٣ .

^(٢) أنظر : عبد الكريم زيدان - أصول الدعوى - ط ٣ - ١٩٧٥ - دار البيان بالقاهرة - ص ١٦٦

المبحث السادس

دعوى الحسبة ، وطبيعتها فى القانون الرومانى (١)

نظم القانون الرومانى دعوى الحسبة ، وأقام لها خصائص تميزها (٢) ، نلخصها فيما يلى :

الخصيصة الأولى - كانت دعوى الحسبة حقا لكل مواطن :

بصفته فردا من أفراد الدولة الرومانية ، على أن لا يكون عديم الأهلية ، أو ناقصا (٣) **الخصيصة الثانية -** كان الغرض من دعوى الحسبة فى القانون الرومانى هو حماية المصلحة العامة التى أضرها فعلا غير مشروع :

ومع ذلك ، فقد كانت تقبل فى أحوال يكون الضرر فيها قد لحق حقا من الحقوق الخاصة ، حيث لا تكون المصلحة العامة قد أضيرت من ذلك إلا بطريق غير مباشر (٤) .

الخصيصة الثالثة - كان لدعوى الحسبة فى القانون الرومانى صفة جنائية :

لأنها تمس الصالح العام . فالمتهم لا يرتبط بالمدعى بأية رابطة عقدية ، أو شبه عقدية ، بل تتولد الدعوى عن جنحة مدنية ، ويقصد بها إقفار المدعى عليه على سبيل العقوبة ، عن الجنحة التى ارتكبها فى دعوى جنائية (٥) .

(١) فى دراسة دعوى الحسبة فى القانون الرومانى ، أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - ص ٣٧٠ ، وما بعدها .

(٢) فى بيان هذا الخصائص ، أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الرسالة المشار إليها - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ - بند ٣٥٠ ، ص ٣٧١ .

(٣) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ - الرسالة المشار إليها - بند ٣٥٠ ، ص ٣٧١ .

(٤) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - الإشارة المتقدمة .

(٥) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - الإشارة المتقدمة .

والخصيصة الرابعة :- كانت دعوى الحسبة في القانون الروماني ترفع أمام المحاكم المدنية :

كانت دعوى الحسبة في القانون الروماني ترفع أمام المحاكم المدنية ، وتخضع — من حيث إجراءاتها — لقواعد المرافعات المدنية — شأنها في ذلك شأن الدعاوى المدنية (١) .

طبيعة دعوى الحسبة في القانون الروماني (٢) :

كانت دعاوى الحسبة في القانون الروماني تعتبر بحسب طبيعتها دعاوى جنائية ، وكانت تعامل من حيث الإجراءات معاملة الدعاوى المدنية ، فهي تشبه دعاوى القانون الجنائي ، من حيث المصلحة التي تحميها — وهي المصلحة العامة — ومن حيث أن مباشرة الدعوى كانت حقا لكل مواطن (٣) ، ثم هي تشبه دعاوى القانون المدني ، من حيث الإجراءات ، لأن دعاوى الحسبة كانت تقبل بالنسبة للجرائم الجنائية قليلة القدر ، والخطر ، فلم يشأ القانون الروماني أن يطبق عليها الإجراءات الطويلة المعقدة ، والتي كان معمولاً بها في المسائل الجنائية ، بل إنه قصد بإيجاد مثل هذا النوع من الدعاوى تبسيط الإجراءات في المسائل الجنائية (٤) .

ويعمل جانب من الفقه وجود دعوى الحسبة في القانون الروماني بالنسبة للدعاوى الهامة ، بأن المشرع الروماني قد حرص أن يمتد سلطانه لكل المخالفات التي ترتكب ، فحول الإدعاء بها لكل مواطن (٥) .

وخضوع الإجراءات في دعاوى الحسبة في القانون الروماني للقواعد المدنية مؤداه ، أنها تقسيم خصومة حقيقية لها طرفان : مدع ، ومدعى عليه ، وتنتظر أمام قاضي ،

(١) أنظر : عبد المنعم الشرفاوي — الإشارة المقدمة .

(٢) في بيان طبيعة دعوى الحسبة في القانون الروماني ، أنظر : عبد المنعم الشرفاوي — المرجع السابق — بند ٣٥٠ ، ص ٣٧١ ، وما بعدها .

(٣) أنظر : عبد المنعم الشرفاوي — المرجع السابق — بند ٣٥٠ ، ص ٣٧١ ، ٣٧٢ .

(٤) أنظر : عبد المنعم الشرفاوي — المرجع السابق — بند ٣٥٠ ، ص ٣٧٢ .

(٥) أنظر : عبد المنعم الشرفاوي — المرجع السابق — بند ٣٥١ ، ص ٣٧٢ .

ويحكم فيها بتعويض مالى لمصلحة المدعى ، على المدعى عليه ، إذا ثبت خطأ هذا الأخير . كما أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى على المدعى عليه لا يكون له إلا أثر الأحكام المدنية ، فلا يترتب عليه ما يترتب على الأحكام الجنائية من آثار قانونية ^(١) .

وقد ترك القانون الرومانى دعاوى الحسبة للأفراد يباشرونها بسبب ما كان للفرد فى الدولة الرومانية من مكانة تفوق مكانته فى الدولة الحديثة ^(٢) ، فهو فى الدولة الحديثة بصفة عامة لا يشترك فى القيام فى وظائف الدولة إلا بطريق غير مباشر ، وعندما يقوم الفرد العادى بواجبه فى انتخاب نوابه ، ينتهى فى العادة دوره فى الحياة العامة . أما عند الرومان ، فقد كان تنظيم الدولة الرومانية بسيطاً ، إذ كان القيام بالكثير من الوظائف يقع على عاتق المواطنين أنفسهم ، فكانوا بذلك مشرعين ، وقضاة فى المجالس الشعبية ، والذى كان من حقها سن القوانين ، والقضاء فى المسائل الجنائية الهامة ، كما كان لهم القيام بوظيفة البوليس القضائى ، والذى يقوم بالإتهام ، وكان لهم زيادة على ذلك حق حماية القصر ، والتدخل فى الشئون المتعلقة بالحرية ، وبالحجز . وبالجمل ، كان لكل مواطن رومانى أن يمثل بصفة قانونية المصالح العامة ، ويدافع عنها ، دون حاجة إلى وكالة خاصة ^(٣) .

ولكن ماهى الصفة التى كان يباشر بها المدعى دعوى الحسبة فى القانون الرومانى ؟ . هل كان يباشرها بصفته وكيلًا ، أو ممثلاً للدولة الرومانية ؟ . أم أنه كان يرفع الدعوى للدفاع عن حق ذاتى ، فيطالب بمبلغ من المال ، نشأ عن التزام مدنى ، للمصلحة الدولة الرومانية ، بصفته شخصاً معنوياً ، بل لمصلحة كل مواطن ؟ :

تؤدى دراسة قواعد دعوى الحسبة فى القانون الرومانى إلى القول بأنها كانت نوعاً من النيابة القانونية ، هى نيابة المدعى عن بقية المواطنين ، أو عن الدولة الرومانية ، وذلك لما بين قواعدهما ، وقواعد النيابة من تشابه كبير ^(٤) . فمن قواعد دعوى الحسبة فى القانون الرومانى ، أنه ليس لمن يرفعها أن ينبى عنه شخصاً آخر ، كما لم يكن يجوز

^(١) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - الإشارة المتقدمة .

^(٢) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - الإشارة المتقدمة .

^(٣) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - الإشارة المتقدمة .

^(٤) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - المرجع السابق - بند ٣٥١ ، ص ٣٧٣ .

للكيل فى القانون الرومانى أن ينبى عنه وكىلا آخر ، أو لى لمن تتوافر فیه شروط الوكالة أن ىبشر هذه الدعوى ^(١) ، فالنساء ، والأطفال لایحق لهم أن یكونوا وكلاء . ومن ثم ، فلى لهم أن ىرفعوا هذه الدعوى ، إلا إذا كانت لهم مصلحة شخصية فیه ^(٢) . فضلا عما ماورد فى النصوص من التعبير عن صفة المدعى فى أنه ىرفعها نیابة عن الدولة الرومانية ، وأن هذه الدعوى وجدت لحماية مصالح الكافة ، فمن ىرفعها ینوب عن الكافة فى صيانة مصالحها ^(٣) .

فطبیعة دعوى الحسبة فى القانون الرومانى كان مردها نظریة النيابة ، فالمدعى فى دعوى الحسبة كان نائبا عن الدولة الرومانية ، ىرفع الدعوى للمطالبة بعقوبة مالية ، للمصلحة العامة .

شروط المدعى ، أو ممن كانت تقبل دعوى الحسبة فى القانون الرومانى ^(٤) :

إذا كانت دعوى الحسبة فى القانون الرومانى حقا لكل مواطن ، فماذا لو تقدم أشخاص متعددون فى وقت واحد إلى البریتور لرفع الدعوى ، ویمكن تصور هذا ، إذ لما كان ىعود أخیانا على المدعى فى دعوى الحسبة فوائد مالية ، فقد كان على البریتور أن ىختار الشخص الذى ىخصه بحق السیر فى هذه الدعوى ، ولم ىترك هذا الإختیار لتحكم البریتور ، بل قیده القانون الرومانى بقواعد ، من أهمها : أن حق رفع هذه الدعوى ىحتفظ به لمن ىظهر أنه أكثر أهلیة ، أو أكثر جدارة لذلك ، ولكن من الذى ىكون أكثر أهلیة ، أو أكثر جدارة ؟ ، كانت أهم القواعد التى تحكم الإختیار فى هذا الشأن ما ىلى ^(٥) :

القاعدة الأولى - ىفترض أن من له مصلحة خاصة ، وشخصیة فى دعوى الحسبة الحق فى مباحرتها :

^(١) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - الإشارة المقدمة .

^(٢) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - الإشارة المقدمة .

^(٣) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - الإشارة المقدمة .

^(٤) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - المرجع السابق - بند ٣٥٢ ، ص ٣٧٣ .

^(٥) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - المرجع السابق - بند ٣٥٢ ، ص ٣٧٣ ، ٣٧٤ .

ويكون ذلك إذا كان قد أصابه ضرر مباشر من الفعل الضار . فعندئذ ، تكون له مصلحة شخصية ، تبرر دفاعه عن المصلحة العامة ، فتظل له الأفضلية على غيره في رفع دعوى الحسبة ، ولو سبقه غيره إليها .

القاعدة الثانية - إذا لم يرفع دعوى الحسبة صاحب المصلحة الشخصية فيها ، فعلى البريتور أن يختار من بين من رفعوها من يكون طلبه أكثر وجاهة : بأن تكون له صلة قرابة ، أو نسب بذى المصلحة الشخصية .

والقاعدة الثالثة - إذا لم يتقدم أحد من هؤلاء ، وكان من تقدموا إلى البريتور لرفع هذه دعوى الحسبة جميعا من غير ذوى قرابة ، أو نسب لصاحب المصلحة فيها ، فإن البريتور يختار من بينهم من يكون أكثر مقدرة على حسن مباشرة الدعوى : من حيث مؤهلاته ، مقدرته ، وذكائه .

ومضى اختار البريتور من يكون له مباشرة دعوى الحسبة ، فإنه يلتزم بأن يباشرها بنفسه ، فلا يقبل منه أن ينيب عنه مدعيا آخر ، وذلك لسببين (١) :

السبب الأول : لأنه ينوب عن الدولة الرومانية ، وليس للنائب - حسب قواعد النيابة فى القانون الروماني - أن ينيب عنه غيره .

والسبب الثانى : لأن من ينوب عن آخر ، يكون له أن يرفع الدعوى إبتداء ، باعتبارها حقا لكل مواطن ، على أن يعدم المانع من التوكيل ، إذا كان رافع الدعوى هو صاحب المصلحة الشخصية فيها .

الحكم فى دعوى الحسبة فى القانون الروماني (٢) :

كان الحكم فى دعوى الحسبة وفقا لقواعد القانون الروماني غرامة على المدعى عليه ، إذا ثبتت إدانته ، وقد ثار خلافا عن يستحق الغرامة التى يقضى بها عندئذ ، هل هى الدولة الرومانية ؟ أم المدعى ؟ ، قال بعض مؤرخى القانون الروماني : إنه يجب التمييز بين فترتين فى تاريخ هذه الدعوى : ففى الفترة الأولى التى انتهت بانتهااء الجمهورية الرومانية ، فقد كانت الغرامة تؤول إلى الدولة الرومانية . أما فى الفترة الثانية

(١) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ - الرسالة المشار إليها - بند ٣٥٢ ، ص ٣٧٤ .

(٢) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - المرجع السابق - بند ٣٥٣ ، ص ٣٧٤ ، ٣٧٥ .

فى عهد الإمبراطورية الرومانية ، فكان المدعى يحصل على الغرامة كلها ، أو فى القليل على جزء منها .
وقد كان الحكم الصادر فى دعوى الحسبة فى القانون الرومانى يحوز حجية الشئ المحكوم به ، ولا يمكن رفع دعوى ثانية لنفس السبب ، بحيث إذا رفع مدع آخر الدعوى ، فإنها يمكن أن تدفع بحجية الشئ المحكوم به (١) .

(١) أنظر : عبد المنعم الشوقاوى - المرجع السابق - ٣٧٥ .

المبحث السابع

طبيعة دعوى الحسبة فى الشريعة الإسلامية الغراء (١) " الحسبة فى الشريعة الإسلامية الغراء على سبيل الشهادة " (٢)

تقوم نظرة الفقه الإسلامى على أساس المماثلة بين مدعى الحسبة ، وشاهد الحسبة ، لأن دعوى الحسبة إنما تكون فى حقوق الله - تبارك ، وتعالى - أو فيما غلب فيه حق الله - تبارك ، وتعالى - وهى الحقوق التى تعود منفعتها على الناس كافة ، لاعلى أشخاص بأعينهم ، وهذه الحقوق يجب على كل مسلم المحافظة عليها ، والدفاع عنها (٣) . فالمدعى فى دعوى الحسبة يكون شاهدا بما يدعيه ، فهو يكون قائما بالخصومة القضائية من جهة وجوب ذلك عليه ، وهو يكون شاهدا فى نفس الوقت . وقد غلب إطلاق شاهد الحسبة عليه ، دون مدعى الحسبة (٤) ، لتمييزه عن المدعى العادى فى الدعوى القضائية العادية ، لأن المدعى العادى فى الدعوى القضائية العادية لا يجوز له أن يشهد لحق لنفسه ، ولكن يجوز له أن يشهد لحق الله - تبارك ، وتعالى (٥) .

١ - فى بيان طبيعة دعوى الحسبة فى الشريعة الإسلامية الغراء ، أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ - الرسالة المشار إليها - بند ٣٥٥ ، ص ٣٧٧ . وما بعدها .

٢ - أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

(٣) أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٤ .

(٤) أنظر : أحمد إبراهيم - الموجز فى المرافعات الشرعية - ص ٨ ، الفتاوى الهندية - الجزء الثانى - الطبعة الثانية - ص ١٦٧ ، ابن القيم - شرح فتح القدير - الجزء الرابع - ص ٢١٢ ، ابن نجيم - الأشباه - ص ٢٤٢ ، حسن الليلى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - ص ٥ .

(٥) أنظر : حسن الليلى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - ص ٧ .

فدعوى الحسبة في الشريعة الإسلامية الغراء تعد نوعاً من الشهادة ، وهي الشهادة بحقوق الله - سبحانه ، وتعالى^(١) - وهي تختلف عن الشهادة في حقوق العباد ، في أنه يشترط لقبول الشهادة الأخيرة أن تكون مسبوقاً بدعوى ، سواء كانت من صاحب الحق ، أو من نائبه ، لأنها تهدف إلى تحقيق قول المدعى ، وإثباته ، ولا يكون هنالك قولاً للمدعى إلا بدعواه القضائية . وتختلف عنها أيضاً ، في أن الشهادة بحق من حقوق العباد يجب لصحتها موافقتها للدعوى القضائية ، بأن يتحدا نوعاً ، كما ، كيفاً ، مكاناً ، زماناً ، فعلاً ، إنفعالاً ، وصفاً ، ملكاً ، ونسبة . أما الشهادة بحق من حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - فلا يشترط لصحتها موافقتها للدعوى القضائية ، لأن الدعوى القضائية نفسها ليست شرطاً لقبولها ، فوجودها ، وعدمها سواء^(٢) .

ودعوى الحسبة بصفتها شهادة بحق من حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - تكون من باب إزالة المنكر ، فهي واجبة بغير طلب ، لأن حق الله - سبحانه ، وتعالى - يجب على كل مسلم القيام بإثباته ، والشاهد من جملة الناس ، فهو يكون قائماً بالخصومة القضائية من جهة الوجوب ، وشاهداً من جهة تحمل ذلك ، فلم يحتج إلى خصم آخر ، إلا في بعض استثناءات^(٣) . فأساس دعوى الحسبة هو ما أمر الناس به بالنهي عن المنكر ، إذ قال الله - تبارك ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ، ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر " . صدق الله العظيم . وقال عليه الصلاة ، والسلام : " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان " . ويكون القاضي الذي ترفع إليه دعوى الحسبة كأنه نائباً عن الله - سبحانه ، وتعالى - فيها ، فكأنه حصلت دعوى ، وكان الشهادة عليها شهادة بحضور الخصم^(٤) .

(١) أنظر : عبد المنعم الشرقاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ - الرسالة المشار إليها - بند ٣٥٥ ، ص ٣٧٧ .

(٢) أنظر : عبد المنعم الشرقاوي - الإشارة المقدمة .

(٣) أنظر : عبد المنعم الشرقاوي - الإشارة المقدمة .

(٤) أنظر : عبد المنعم الشرقاوي - المرجع السابق - بند ٣٥٥ ، ص ٣٧٨ .

ولا يكفي أن تعتبر الحسبة مجرد شهادة أن يكون ما يشترط في المدعى هو ما يشترط في الشاهد . وخاصة ، أن ثمة ما يفرقها عن الشهادة ^(١) .

وتكون دعوى الحسبة واجبة ، إذا تعين المدعى " الشاهد " ، لإثبات الحق ، ، بحيث إذا لم يشهد ضاع ، فلو لم يتعين ، بأن كان الشهود على الحق كثيرة ، فأدى غيره ممن تقبل شهادته ، وقبلت بالفعل ، لم يأنم بالترك ، لعدم لحوق المدعى ضرراً من تأخره عن شهادته ، فلو أدى غيره ، ولم تقبل شهادته ، يأنم بالترك ^(٢) ، وتكون واجبة أيضاً على من يكون مكانه قريباً من مجلس القضاء ، بحيث يمكن أن يشهد ، ويرجع إلى أهله في يوم الشهادة نفسه ، فلو كان بعيداً ، فإنه يكون في وسعه ألا يشهد ، لتضرره عندئذ من الشهادة ^(٣) ، وتكون كذلك واجبة على من يعلم أن القاضى يقبله ، أو يسرع في قبول شهادته عن غيره ، أما لو علم ، أو ترجح عنده أنه لا يقبله ، فلم يجب عليه أن يشهد ^(٤) ومن المتفق عليه فقهاً أنه إذا أصر شاهد الحسبة شهادته بلا عذر ، مع تمسكه من أدائها لدى القاضى ، وعلمه بانتهاك الحرمات ، لم تقبل منه ، لفسقه بالتأخر ، وقد قيد بعض الفقهاء مدة التأخر بخمسة أيام ^(٥) .

ومجرد إخبار القاضى بمخالفة حق من حقوق الله - تبارك ، وتعالى - يكفي لإقامة دعوى الحسبة ضد المخالف ، على أساس أن القاضى قد نصب كناظر لمصالح المسلمين ، ولكل عاجز عن النظر لنفسه - كالمقاصر ، والغائب - ولذا ، فإن له ولاية نظر تلك المسائل ، لأنه يكون عندئذ نائباً عن عموم المسلمين ^(٦) .

١ - أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - الإشارة المقدمة .

^(١) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - المرجع السابق - بند ٣٥٧ ، ص ٣٨٠ .

^(٢) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - الإشارة المقدمة .

^(٣) أنظر : البحر الرائق - كتاب الشهادات - ص ٥٨ ، ٥٩ .

^(٤) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى - الإشارة المقدمة .

^(٥) أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - الإشارة المقدمة .

لعمل الأقرب إلى الصحة أن نعتبر المدعى حاسبة نائباً عن الوالى ، والذي يقوم بالدفاع عن حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - ويتولى المدعى - إذا توافرت فيه شروطاً معينة - هذه النيابة :

لعل الأقرب إلى الصحة أن نعتبر المدعى حاسبة نائباً عن الوالى ، والذي يقوم بالدفاع عن حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - ويتولى المدعى - إذا توافرت فيه شروطاً معينة - هذه النيابة ، ويؤيد هذا النظر ، أن المدعى لايعامل أمام المحكمة التى يرفع إليها دعوى الحسبة باعتباره أحد الشهود ، بل إنه يعامل معاملة الخصم ، فإذا لزم لصحة مايدعيه شهادة شاهدين ، فعليه أن يقدم الشاهدين ، ولو كان يعتبر شاهداً ، لاكتفى بشاهد آخر سواء ، ويؤيد ذلك أيضاً ، أن مدعى الحسبة إذا تنازل عن خصومته ، فإن القاضى يأذن سواء ، ليقوم بالخصومة ، لأن الحق الأصل فى الدعوى القضائية هو حق الله - سبحانه ، وتعالى - وأن القاضى ينيب عنه ، فله أن ينيب عنه إذا تغيب من أنابه أول الأمر .

وقد أذاعت وزارة العدل المصرية منشوراً بهذا المعنى ، جاء فيه (١) : " إذا تصالح طالب الإذن بخصومة " أى المدعى حاسبة " ، وناظر وقف ، فقررت الحكومة المرفوع إليها الطلب حفظ الأوراق ، مع أن المخالفات التى طلب الإذن بالخصومة من أجلها إمتناع الناظر من تعيين أعيان الوقف ، مع وجود ريع الوقف بيده ، ولايملك أحد دفع ذلك عن الناظر ، لأنه حقا من حقوق الوقف ، وكان الواجب على المحكمة أن تأذن غير الطالب بالخصومة فى ذلك لعزل الناظر ، أو ضم ثقة إليه ، أو أمره بالتعمير ، فعلى المحاكم مراعاة ذلك " (٢) .

وجاء فى منشور آخر لها : " لاحظت وزارة العدل المصرية أن كثيراً من المحاكم يقرر شطب القضية المرفوعة ضد ناظر الوقف ، لتخلف المأذون له بالخصومة فيها عن الحضور ، إلى أن يحضر مأذون آخر ، فيجدد السير فى الدعوى القضائية ، وحيث أن السير على هذا الوجه فيه تطويلاً لإجراءات التقاضى ، بدون مبرر ، وقد تكون القضية التى تقرر شطبها صالحة للفصل فيها ، لذلك ، ترى وزارة العدل المصرية أنه ينبغي عند تخلف المأذون له بالخصومة عن الحضور أن تقرر المحكمة عزل المأذون السابق ،

(١) أنظر : مجموعة القرارات ، والمنشورات المتعلقة بلاحقة ترتيب المحاكم الشرعية - ص ١٦ .

(٢) أنظر : عبد النعم الشرقاوى - المرجع السابق - بند ٣٥٦ ، ص ٣٧٨ .

وتأذن غيره بالخصومة فوراً ، بقرار تصدره في محضر قضية الموضوع ، ويؤثر على القرار السابق بمضمون القرار الأخير " (١) .

ومضمون هذه المنشورات أن تخلف المدعى في دعوى الحسبة ، وتنازله عنها ، لا يؤثر على الخصومة القضائية فيها ، ويكون للقاضي أن يأذن سواء بالخصومة القضائية .

ومما يؤيد اعتبار المدعى حسبة نائباً عن الوالي ، والذي يقوم بالدفاع عن حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - ويتولى المدعى - إذا توافرت فيه شروطاً معينة - هذه النيابة ، أن الحكم القضائي الذي يصدر في دعوى الحسبة يكون حجة على الكافة (٢) ، فإذا رفعت

(١) أنظر : أحمد قمحة ، عبد الفتاح السيد - شرح لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - فقرة ٣٩٠ ، ومجموعة القرارات ، والمنشورات المتعلقة بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية - ص ٥٠ ، عبد النعم الشرقاوي - المرجع السابق - بند ٣٥٦ ، ص ٣٧٩ .

٢ - في بيان مدى حجية الأحكام القضائية الصادرة في دعاوى الحسبة ، أنظر : حسن الليدي - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٥٩ ، ص ٢٢٤ ، وما بعدها .

ويسود الاعتقاد بأن الأحكام القضائية الصادرة في دعاوى الحسبة تكون حجة على الكافة ، حيث يتعدى الحكم القضائي الصادر فيها إلى الكافة ، فلا تسمع الدعوى القضائية عن نفس الموضوع مرة أخرى ، سواء من أطراف دعوى الحسبة ، أو من غيرهم ، وذلك لأن دعوى الحسبة تكون ذات طبيعة موضوعية ، تتعلق بالمصالح العامة ، أنظر : عبد النعم الشرقاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الرسالة المشار إليها - بند ٣٥٦ ، ص ٣٧٩ ، مصطفى وصفي - أصول إجراءات القضاء الإداري - - الجزء الأول - ص ٣٢ .

ولقد علل الفقه هذه القاعدة بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة في المسائل المتعلقة بالحالة بأنه من غير المعقول أن تكون البتة الطبيعية ، أو الشرعية لشخص ، أو وصفه بأنه مواطناً ، أو أجنبياً مغلفة تبعاً لاختلاف الأشخاص الذين يتم التمسك في مواجهتهم بها . ولذا ، يجب أن تكون الأحكام القضائية المتعلقة بحالة الشخص حجة على الكافة ، أنظر : فريوز - تعليق - المجلة الفصلية للقانون المدني - سنة ١٩٤٧ - ص ٣٥٩ .

ومع ذلك ، يقرر جانب من الفقه بأن كون الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية حجة على الكافة ليس من لوازم دعوى الحسبة ، أنظر : حسن الليدي - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٥٩ ، ص ٢٢٥ .

فقد اختلف الفقه في الحكم القضائي الصادر بالوقف ، وهل يتعدى أثره إلى الكافة ، أم تسمع فيه دعوى الملك من آخر ؟ ، أنظر : ابن الغرس - الفواكه البدرية - ص ٦٧ .

وانظر أيضا : نقض أحوال شخصية - جلسة ١٩٦٤/٤/١٥ - مجموعة المبادئ القانونية - الجزء الرابع - ص ١٠٠٥ ، ونقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٤/٤/١٧ - نفس الصفحة .
في حين حصر بعضهم حالات الأحكام القضائية التي تتمتع إلى الغير في أربعة حالات ، وهي : الحكم بالحرية الأصلية ، النسب ، وولاء العاقبة ، والنكاح ، أنظر : ابن نجيم - الأشباه - ص ٢١٩ .
وقارن : الخطاب - الجزء السادس - ص ١٦٦ .

كما يدل على أن تقرير مسألة تعدى حجية الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية إلى الكافة كانت محلا للإختلاف في الفقه الإسلامي . وكذلك ، الأمر بالنسبة للقانون الوضعي المعاصر ، حيث فرقت محكمة النقض المصرية بين الأحكام القضائية المنشئة للحالة المدنية ، وقررت لها الحجية المطلقة ، وبين الأحكام القضائية المقررة لها ، فلا تكون لها سوى الحجية النسبية ، واعتمدت في رأيها على أنه لا عبرة بالنحدي بأن الأحكام القضائية الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية تسري على الكافة ، أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٨/٢/٧ - مجموعة النقض - السنة (١٩) - ص ٢١٤ ، ١٩٦٤/٣/١١ - مجموعة النقض - السنة (١٥) - ص ٢٤٠ ، ١٩٦٢/٥/٩ - مجموعة النقض - السنة (١٣) - ص ٦١٩ .

كما قرر الفقه صعوبة إيجاد فاصل قاطع بين دعاوى الحقوق الموضوعية ، والتي تكون للأحكام القضائية الصادرة فيها حجية على الكافة ، وبين دعاوى الحقوق الذاتية ، والتي تقتصر حجية الأحكام القضائية الصادرة فيها على أطرافها ، أنظر : جوليان - التصرف القضائي ، وحجية الشيء المحكوم فيه - الرسالة المشار إليها - ص ٣٠١ ، ٣٠٢ .

وإزاء هذا العجز ، جنح البعض إلى القول بإضفاء الحجية المطلقة على سائر الأحكام القضائية ، أنظر : جوليان - التصرف القضائي ، وحجية الشيء المحكوم فيه - الرسالة المشار إليها - ص ٢٧٩ .
بينما جنح البعض الآخر إلى التفرقة بين القوة الثبوتية للحكم القضائي ، والذي يشتمل عليها عنصر التقرير ، وبين القوة الإلزامية له ، والتي يتضمنها عنصر القرار ، وأعطى للقوة الثبوتية الحجية القضائية في مواجهة الكافة ، دون القوة الإلزامية له ، والتي تكون نسبية الأثر ، أنظر : أحمد السيد صاوي - أثر الأحكام بالنسبة للغير - ص ١٢٥ ، ١٢٦ .

مع أن إضفاء الحجية المطلقة على سائر الأحكام القضائية أمرا يتناقض مع القاعدة العامة ، والتي تقتصر أثر الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية على الموضوع الذي صدر فيه ، فلا يتعداه إلى غيره من الموضوعات ، أنظر : المادة (١٠١) من قانون الإثبات المصري ، وانظر أيضا : موريل - بند ٧٢ ، ص ٧٨ ، القرائي - الأحكام - ص ٦٦ ، ٧٧ ، التسولي ، التاودي - الجزء الأول - ص ١٤ ، ١٥ ، الهمداني - ص ٢١ ، الكاساني - البدائع - الجزء التاسع - ص ٤٠٨٥ ، فحفي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - بند ٩٨ ص ١٨٢ ، حسن الليدي - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٥٩ ، ص ٢٢٧ .

فضلا عن أن هذا الاتجاه القائل بإحفاء الحجية المطلقة على عنصر التقرير في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية ، دون عنصر القرار فيه يبدو خطأ فيه ، من أن القرار لا يعتبر عنصرا في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية ، بدليل صدور أحكاما قضائية كثيرة تخلو من القرار ، أو تتجرد منه ، كالأحكام القضائية الصادرة من محاكم أجنبية ، والمقتربة بأوامر إلزامية ، حيث تتجرد من هذه الأوامر ، عندما يطالب بتنفيذها في مصر ، عملا بالمواد (٢٩٦) ، ومابعدا من قانون المرافعات المصري ، أنظر : جوليان - الرسالة المشار إليها باللغة الفرنسية - ص ١٥٠ ، ومابعدا ، رولاند - الشئ المقض ، واعتراض الخارج عن الخصومة - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٩ ، ومابعدا .

وانظر أيضا : القرائي - الأحكام - ص ١٣٨ ، ابن فرحون - البصرة - الجزء الأول - ص ١٧ ، المصداني - ص ١٢٠ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوي - الجزء الأول - بند ١٩٠ ص ٢٢٧ ، محمد كامل ليلة - التنفيذ المباشر - الرسالة المشار إليها - ص ٢٢٠ ، حسن الليدي - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٥٩ ، ص ٢٢٨ ، القطب طلبة - الرسالة المشار إليها - ص ٤٢ ، ٤٧ ، ٤٨ ، ٥٦ . والثبوت يختلف عن الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية ، لأن ثبوت الحجية لدى القاضي يسبق حكمه القضائي الصادر في الدعوى القضائية ، فيكون غيره قطعاً ، أنظر : القرائي - الأحكام - ص ١٣٤ ، الفروق - الجزء الرابع - ص ٥٤ ، ابن فرحون - الجزء الأول - ص ١١٢ - ١١٥ ، التسولي - الجزء الأول - ص ١٧ ، البرلسي - القول المرتضى في أحكام القضاء - مخطوط دار الكتب - فقه - رقم (٨٥) ، (٨٦) ، ابن أبي الدم - أدب القضاء - ص ١٢٤ ، ٢٥٥ ، النجدي - الفواكه العديدة - الجزء الثاني - ص ١٠٧ ، محمود عرنويس - تاريخ القضاء في الإسلام - ص ١٤١ ، حسن الليدي - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٥٩ ، ص ٢٢٨ .

لأن الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية عبارة عن نتيجة وقائع ، ومقدمته الكبرى ، مافهمه القاضي المعروض عليه الراع من حكم القانون الوضعي عليها ، أنظر : حسن الليدي - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٥٩ ، ص ٢٢٨ .

ولما كان الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية يتبع المقدمة الصغرى ، أى الثبوت ، ولما كان الإلتسابات على المدعى في الدعوى القضائية ، عملاً بالحديث النبوي الشريف : " البينة على من ادعى " . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - فإن نتيجة ذلك ، هو ارتباط الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية بشخص من أقام الثبوت ، مما يستتبع القول بنسبية أثره ، وعدم تعديده إلى غير من صدر ضده ، أو في مواجهته ، ومع ذلك ، فإن دعاوى الحسبة تفتقر عن غيرها من الدعاوى القضائية ، في أن القاضي فيها يكون له دوراً إيجابياً في إثباتها ، حتى ولو لم يحضر المدعى فيها ، وهو موظف عام ، كما تتعلق موضوعاتها بمصالح عامة ، فهل يؤدي بنا هذا إلى القول بالحجية المطلقة للأحكام القضائية الصادرة فيها ، بالنسبة لعموم المصلحة الصادر الحكم القضائي في الدعوى القضائية من أجلها ، وبالنسبة للدور الإيجابي الذي يقوم به القضاة كموظفين فيها ؟ . خصوصاً ، وأنه لا خصومة قضائية فيها عند التحقيق ؟ .

دعوى قضائية بالتفريق بين الزوجين بطريق الحسبة ، بسبب أن أحدهما محرماً للآخر ، وقضى برفض هذه الدعوى القضائية ، فلا يجوز تجديدها بعد ذلك ، لوحدة الخصوم ، والسبب ، والحق المدافع عنه فى الدعويين ، فيما عدا حالة رفض الدعوى القضائية ، لعجز المدعى عن إثباتها (١) .

لا نعتقد أن هذا الحل ينسب على كافة دعاوى الحسبة ، فقد قدمنا أن رأى الراجح فى الفقه الإسلامى يعتبر الحكم القضائى الصادر فى الدعاوى المتعلقة بالموقوفات على الخيرات نسي الأثر ، لا يمنع طرفاً آخر من الإدعاء بملكيتها للأعيان التى اعتبرها الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية موقوفة . وكذلك ، إذا صدر حكماً قضائياً فى الدعوى القضائية بقرر الأبوة الشرعية ، فإنه يجوز لولد آخر إقامة دعوى قضائية أخرى ينكر فيها هذه الصلة ، على أساس أن هذا التقرير فيه اعتداء على مركزه القانونى كوارث . أنظر : ابن الغرس - ص ٦٧ ، حسن الليدى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٥٩ ص ٢٢٩ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٩٨ ، ص ١٨٤ - ١٨٥ .

وانظر أيضاً : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٧/٢/٧ - مجموعة النقض - السنة (١٩) ص ٢١٤ .

وإزاء إختلاف الفقه الإسلامى حول دعاوى الحسبة التى تكون للأحكام القضائية الصادرة فيها حجة مطلقة ، وإزاء عجز الفقه عن وضع معيار يميز الأحكام القضائية الصادرة فى دعاوى الحسبة ، والتى تكون حجة بالنسبة للكافة ، وبين الأحكام القضائية الأخرى التى تكون حجتها نسبية الأثر ، فلانفرد من القول بترك المسألة للقضاء العام فى الدولة ، لأنه يكون أقلد على التعرف على مدى تعدى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية إلى الغير ، بالنسبة للحالة التى تعرض أمامه ، مع اعتبار أن الأصل هو عدم تعدى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية إلى الغير ، واعتبار القاعدة الأصولية من أن مجرد الشك فى الحجة ، كان للقطع بعدمها ، فيكون من المجازلة لهذا كله الإدلاء بقاعدة عامة لأحكام الحسبة المطلقة الحجة ، يضار من شأنها الغير ، أنظر : محمد تقي الحكيم - الأصول العامة - ص ٣٥ ، حسن الليدى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٥٩ ، ص ٢٣٠ ، مصطفى وصفى - أصول إجراءات القضاء الإدارى - الكتاب الثانى - ص ١٩٨ ، الخطاب - الجزء السادس - ص ١٦٦ .

(١) أنظر : عبد المنعم الشوقاوى - المرجع السابق - بند ٣٥٦ ، ص ٣٧٩ .

المبحث الثامن

مكانة الحسبة في الدين الإسلامي الحنيف

للحسبة مكانة عظيمة جدا في الدين الإسلامي الحنيف :

للحسبة مكانة عظيمة جدا في الدين الإسلامي الحنيف ، لأنها أمرا بمعروف ، ونهيا عن منكر ، وهذا من أخص خصائص الرسول الكريم - صلى الله عليه ، وسلم - قال الله سبحانه ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر . . . " . صدق الله العظيم .

وقد وصف الله - سبحانه ، وتعالى - الأمة الإسلامية بما وصف بها رسولها الكريم - صلى الله عليه ، وسلم - حتى تقوم من بعده بما قام به - صلى الله عليه ، وسلم - فقال - سبحانه ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " المؤمنون والعلماء بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر " . صدق الله العظيم . فالأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر من الأصول العظيمة للدين الإسلامي الحنفي ^(١) . ومن ثم ، كانت الحسبة محل عناية الفقهاء ، والتتويه بشأنها ، قال الفقيه المشهور بآبن الأخوة : " الحسبة من قواعد الأمور الدينية ، وقد كان أئمة الصدر الأول يباشرونها بأنفسهم ، لعموم صلاحها ، وجزيل ثوابها ، وهي أمرا بالمعروف ، إذا ظهر تركه ، ونهيا عن المنكر ، إذا ظهر فطه ، وإصلاحا بين الناس " ^(٢) . وقال ابن خلدون في مقدمته : " أما الحسبة فهي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والذي يكون فرضا على القائمين بأمور المسلمين أن يعين لذلك من يراه أهلا له . . . " .

^(١) أنظر : عبد الكريم زيدان - أصول الدعوى - ط ٣ - ١٩٧٥ - دار البيان بالقاهرة - ص ١٦٧ .

^(٢) أنظر : عبد الكريم زيدان - الإشارة المقدمة .

تلتزم الحسبة - سواء أكانت أمرا بالمعروف ، أو نهيا عن المنكر - كل مسلم ، أيا كانت وظيفته في الدولة الإسلامية ، ينهض بها وال :

تلتزم الحسبة - سواء أكانت أمرا بالمعروف ، أو نهيا عن المنكر - كل مسلم ، أيا كانت وظيفته في الدولة الإسلامية ، ينهض بها وال ، وذلك يكون دلالة بليغة على نوع المجتمع الذي أراده الله - سبحانه ، وتعالى - للمسلمين . وأن الآيات القرآنية ، والأحاديث النبوية الشريفة صريحة في الدعوة إلى إقامة مجتمعا فاضلا ، لكل عضو فيه حق الإرشاد إلى ما هو حقا ، وخيرا ، وحق الاعتراض على كل ما هو باطلا ، وفاسدا . ولذا ، فقد أجيبت الحسبة ، والتي هي بمعنى الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر لكل مسلم مكلف ، قادر ، وإن لم يكن مأذونا (١) ، ودلل الإمام / الغزالي على جوازها للفاسق ، والرفيق ، والمرأة (٢) ، كما دلل على إثباتها للولد على الوالد ، والعبد على السيد ، والزوجة على الزوج ، والتلميذ على الأستاذ ، والرعية على الراعي ، مع فروق لطيفة (٣) ، وهي بذلك وظيفة إجتماعية قبل أن تكون وظيفة حكومية (٤) .

كانت الحسبة - الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر - في صدر الشريعة الإسلامية الغراء عبء كفاية على المسلمين :

كانت الحسبة في صدر الشريعة الإسلامية الغراء هي الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، إذا ظهر ترك المعروف في الأول ، وإذا ظهر فعله في الثاني ، وكان ذلك فرض كفاية على المسلمين . ولذا ، وجب على كل مسلم القيام به ، فإذا قام به ، زال هذا الفرض بالنسبة للواقعة المعينة عن الكافة (٥) .

(١) أنظر : الغزالي - إحياء علوم الدين - ٢ / ٢١٤ .

(٢) أنظر : الغزالي - الإشارة المقدمة .

(٣) أنظر : الغزالي - إحياء علوم الدين - ٢ / ٢١٨ .

(٤) أنظر : اسحق موسى الحسيق - نظام الحسبة في الإسلام - ص ٣٣٦ .

(٥) أنظر : نيسل إسماعيل عمر - الوسيط في قانون المرافعات - ١٩٩٩ - الدار الجامعية للنشر بالأسكندرية - ص ٢٥٠ .

كان الرسول الكريم - صلى الله عليه ، وسلم - وخلفاءه من بعده ، ونفرا من العلماء المتطوعين في القرنين الأولين للدين الإسلامي الحنيف يرشدون إلى أمور دينهم ، ودنياهم ، يأمرونهم بالمعروف ، وينهونهم عن المنكر ، قبل أن تكون الحسبة منصبا من مناصب الدولة الإسلامية ، يتولاها محتسب :

يتضح من كتب الحسبة أن الرسول الكريم - صلى الله عليه ، وسلم - وخلفاءه من بعده ، ونفرا من العلماء المتطوعين في القرنين الأولين للإسلام الحنيف كانوا يرشدون إلى أمور دينهم ، ودنياهم ، يأمرونهم بالمعروف ، وينهونهم عن المنكر ، قبل أن تكون الحسبة منصبا من مناصب الدولة الإسلامية ، يتولاها محتسب (١) . وقد ورد في الأحاديث النبوية الشريفة أن الرسول الكريم - صلى الله عليه ، وسلم - وخلفاءه ولو ا على السوق عاملا . فقد ولي رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - سعيد بن سعيد بن العاص بن أمية على سوق مكة ، وولى عمر بن الخطاب السائب بن يزيد ، مع عبد الله بن عتبة بن مسعود على سوق المدينة المنورة (٢) .

تحول عبء الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر من عبء كفاية على المسلمين إلى فرض عين على المحتسب :

عندما زادت الفتوحات الإسلامية ، واتسعت البلاد الإسلامية ، ودخل الدين الإسلامي الحنيف أجناس شتى ، بتقاليد مختلفة ، ضعف الوازع الديني ، مع حالة الرواج السياسي ، والإقتصادي ، وزيادة الثروات ، وأصبح ترك الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر أمرا عاديا مع التطور الحاصل ، فبدأت الحاجة تلح في ضرورة تعيين والي للحسبة ، ، وسمى : " المحتسب " . وبذلك ، يكون عبء الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر قد تحول من عبء كفاية على المسلمين ، إلى فرض عين على المحتسب (٣) .

(١) أنظر : الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ٢٤٥ ، الغزالي - إحياء علوم الدين - الجزء الأول - ص ٢١١ - ٢١٤ .

(٢) أنظر : ابن عبد البر القرطبي - الإستيعاب في معرفة الأصحاب - الجزء الثاني - سنة ١٣٣٦ هـ - ص ٥٧٥ ، الكتاني - التراتيب الإدارية - الجزء الأول - الرباط - سنة ١٣٤٦ - ص ٢٨٥ .

(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الإشارة المقدمة .

ففى منتصف القرن الثانى للهجرة - فى بداية العصر العباسى - إتسعت الدولة ، وترامت أطرافها ، ونشطت الصناعة ، والتجارة ، وكثرت الأسفار ، فاتفرد بالوظيفة محتسب ، يتولاها بأمر الخليفة ، أو أحد ولاته :

فى منتصف القرن الثانى للهجرة - فى بداية العصر العباسى - إتسعت الدولة الإسلامية ، وترامت أطرافها ، ونشطت الصناعة ، والتجارة ، وكثرت الأسفار ، فاتفرد بالوظيفة محتسب ، يتولاها بأمر الخليفة ، أو أحد ولاته ^(١) ، وربما حدث ذلك فى زمن الخليفة أبى جعفر المنصور ^(٢) ، الذى أنشئت فى عهده مدينة بغداد ، ونظمت أسواقها ، وطرقها . فقد ذكر الخطيب البغدادي أن المنصور ولى الحسبة يحيى بن زكريا ، ثم غضب عليه ، لاستغوانه العامة ، وقتله سنة (١٥٧) هـ ^(٣) . وذكر أبو الفداء فى حوادث سنة (١٦٩) هـ أن نافع بن عبد الرحمن بن أبى نعيم المقرئ - أحد القراء السبعة - توفى فى تلك السنة ، وأنه كان محتسبا للخليفة الهادى ^(٤) . وذكر الإمام / الغزالى - رحمه الله تعالى - قصة محتسب زمن المأمون ، حفيد المهدي ، أمر بالمعروف ، ونهى عن المنكر ، فأحضره المأمون ، وعززه ، لاحتسابه من غير أمره ، فسقط من المأمون كتابا ، وصار تحت قدمه ، فاحتسب عليه الرجل ، ورفع المأمون الكتاب ، وقبله ، ثم قال له : " لم تأمر بالمعروف ، وقد جعل الله - سبحانه ، وتعالى - ذلك إلينا أهل البيت ، ونحن الذين قال الله - سبحانه ، وتعالى - فيهم : " الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر " ، والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر " ،

^(١) أنظر : إسحق موسى الحسنى - نظام الحسبة فى الإسلام - مقالة من المؤتمر الأول لجمع البحوث الإسلامية - مارس سنة ١٩٦٤ - ص ٣٣١ - ٣٤٩ - ص ٣٣٣ .

^(٢) أنظر : إسحق موسى الحسنى - الإشارة المتقدمة .

^(٣) أنظر : الخطيب البغدادي - تاريخ بغداد - الجزء الأول - القاهرة - ١٩٣١ ، ص ٧٩ .

^(٤) أنظر : أبو الفداء - المختص فى أخبار البشر - الجزء الأول - القاهرة سنة (١٣٢٥) هـ - ص ١٢ .

فأعجب المأمون بكلامه ، وأذن له بالمضى على ماكان عليه بأمره ، واستعمل الإمام الغزالي رحمه الله - سبحانه ، وتعالى - فى القصة لفظة : " المحتسب " (١) .

كان المحتسب يختص بالإضافة إلى الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر ، بتنظيم الأسواق ، والإشراف على الأسعار ، والأوزان ، وسداد الديون ، وتجهيز الجيش :

كان المحتسب يختص بالإضافة إلى الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر ، بتنظيم الأسواق ، والإشراف على الأسعار ، والأوزان ، وسداد الديون ، وتجهيز الجيش ، وكانت له إختصاصات إدارية ، دينية ، وقضائية (٢) .

كان للمحتسب أعوانا يأخذون بالظاهر ، وليس عليهم كشف الستر :

كان للمحتسب أعوانا يأخذون بالظاهر ، وليس عليهم كشف الستر (٣) .

يبدو من كلام ابن خلدون أن المسلمين فى شمال أفريقيا ، والأندلس قد

أدخلوا وظيفة الحسبة فى عموم ولاية القاضى ، يولى فيها باختياره :

يبدون المسلمين فى شمال أفريقيا ، والأندلس قد أدخلوا وظيفة الحسبة فى عموم ولاية القاضى ، يولى فيها باختياره (٤) ، إذ يقول ابن خلدون : " الحسبة " فى كثير من الدول الإسلامية - مثل العبيديين بمصر ، والمغرب ، والأمويين بالأندلس - داخلة فى عموم ولاية القاضى ، يولى فيها باختياره ، ثم لما انفردت وظيفة السلطان عن الخلافة ، وصار نظره عاما فى أمور السياسة ، إدرجت فى وظائف الملك ، وأفردت بالولاية (٥) .

(١) أنظر : الغزالي - إحياء علوم الدين - ٢ / ٥٧٦ .

٢ - أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الإشارة المتقدمة .

(٤) أنظر : إسحق موسى الحسنى - الإشارة المتقدمة .

٥ - أنظر : ابن خلدون - المقدمة - ٢ / ٥٧٦ .

وقد جعل الماوردي الحسبة واسطة بين أحكام القضاء ، وأحكام المظالم ، وأثبت فروقا بينهما ^(١) ، الأمر الذي يدل على أن الحسبة في القرن الخامس الهجري - على الأقل - كانت مستقلة عن القضاء في المشرق ^(٢) .

استمرت الحسبة منذ القرن الثاني إلى نحو القرن الثالث عشر للهجرة :
استمرت الحسبة منذ القرن الثاني إلى نحو القرن الثالث عشر للهجرة ^(٣) . يقول المرحوم / محمد كرد علي : " تقسم الحسبة إلى دينية ، ومدنية . فالدينية منها بطل من بلاد الإسلام الحنيف ، منذ أن أصبحت حكوماتها لاتحافظ على جوهر الدين الإسلامي الحنيف بالذات ، والمدنية ، بقي أثرا ضئيلا منها في مصر . خصوصا ، إلى نحو أوساط القرن الثالث عشر للهجرة ، واستيعض عنها في بعض البلاد العثمانية بمجالس المديریات " ^(٤) .

ونقل المقتبس عن المجلة التونسية الفرنسية ، دون ذكر العدد ، والتاريخ تطور الحسبة في تونس قائلا : " وقد انتهى الحال بأن جعلت بعض أعمال المحتسب في تونس بين مجلس العشرة الأعيان ، وكان من خصائصه النظر في غش البضائع ، وهو يحكم على الجيد منها ، والعاطل ، فيما إذا حدث اختلافا بين البائع ، والمشتري ، وذلك بوساطة أمين التجار ، ولم يكن أعضاء هذا المجلس يقبضون راتباً ، وكان لأعضائه إمتيازات خاصة ، كأن يكون له حق التصدر على سائر التجار ، ويجلسون في بعض الأحوال بالقرب من الباب ، وقد تولت محكمة العرف اليوم ماكان يتولاه مجلس العشرة سابقا من أمور الإحتساب ، يحكمون فيما يعرض من المسائل ، كما يحكم أهل الخبرة ، وهذه المحكمة مؤلفة من أمين التجار ، وعشرة معاونين ، وقد أخذ شيخ المدينة ينظر في بعض الأعمال التي كان يتولاها المحتسب سابقا ، وهو يرأس نقابة الحرف ، وحكمه لايقبل السنقض ، فيما يحدث من الإختلافات في مسائل الصناعات ، وهو المكلف بحجز أموال

^(١) أنظر : الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ٢٢٨ .

^(٢) أنظر : إسحق موسى الحسيني - الإشارة المقدمة .

^(٣) أنظر : إسحق موسى الحسيني - نظام الحسبة في الإسلام - ص ٣٣٤ .

^(٤) أنظر : محمود كرد علي - المقتبس - المجلد الثالث - الجزء التاسع - سنة - ١٩٠٨ ، ص ٥٣٦ .

المسلمين ، وبيعها في تونس ، وتوزيع ماحل من أثماتها على أرباب الديون ، على اختلاف تابعيتهم . ومشايخ الحارات هم اليوم مضطرون إلى أن يقدموا بياناً مطبوعاً عن من يولد ، ويتوفى في أحيائهم من الوطنيين ، وهؤلاء المشايخ صورة مصغرة من المحتسبين أمس " (١) .

وتتبع الدكتور / السيد الباز العريني الحسبة في مصر منذ نشأتها إلى نهايتها ، وخلصه ماوصل إليه أنها تطورت باختلاف العصور ، وأنها بقيت في مصر في نطاق الإلتزام ، حتى سنة ١٢٣٤ هـ " ١٨١٩ م " ، حين ألغى التزامها ، وأصبح المحتسب موظفاً تابعاً لديوان الخديوى منذ سنة ١٢٥٣ هـ " ١٨٣٧ م " ، ودخلت مظاهر الوظيفة في وظائف أخرى ، ولم يسبق من الوظيفة اليوم إلا الاسم . ففي بعض القرى الفلسطينية يطلقون الحسبة على السوق الذى يقصده الباعة من القرى ، وهو خلاف سوق القرية الثابت (٢) . ظل نظام الحسبة قائماً طوال عهد الدولة الإسلامية ، وارتقى هذا النظام في عهد الفاطميين ، ثم تطورت النظم ، وارتقت ، وصار هناك سلطة عليا تمثل المجتمع ، هي النيابة العامة ، تلك الهيئة التى صار لها دون نص سلطة رفع دعاوى الحسبة :

ظل نظام الحسبة قائماً طوال عهد الدولة الإسلامية ، وارتقى هذا النظام في عهد الفاطميين ، ثم تطورت النظم ، وارتقت ، وصار هناك سلطة عليا تمثل المجتمع ، هي النيابة العامة ، تلك الهيئة التى صار لها دون نص سلطة رفع دعاوى الحسبة (٣) . وردت الحسبة - كنظام ديني - في جميع الشرائع السماوية ، وانتقلت منها إلى النظم الوضعية ، وهى نظاماً مشتركاً وجد في جميع المجتمعات الإنسانية ، حتى في مجتمعات البدو :

وردت الحسبة - كنظام ديني - في جميع الشرائع السماوية ، وانتقلت منها إلى النظم الوضعية (٤) ، وهى نظاماً مشتركاً وجد في جميع المجتمعات الإنسانية ، حتى في

(١) أنظر : محمد كرد علي - المقتبس - المجلد السادس - سنة ١٩١١ - ص ١٩٥٨ - ٩٦٠ .

(٢) أنظر : إسحاق موسى الحسيني - نظام الحسبة في الإسلام - مقالة من المؤتمر الأول لجمع البحوث الإسلامية - مارس سنة ١٩٦٤ - ص ٣٣١ - ٣٤٩ - ص ٣٣٥ .

(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الإشارة المقدمة .

مجتمعات البدو ، لأنه يكون لازماً لبقاء تلك المجتمعات ، بدفع المنكرات التي تهدد كيانها . ولذا ، فلم يؤد الاختلاف حول مايعتبر معروفاً ، ومايعتبر منكراً من مجتمع إلى آخر إلى الخلاف حول وجوب دفع المنكر ، بتقرير نظام الحسبة تحت إسم ، أو آخر ، فى كل منها . كما أن الحسبة هى نظاماً قد شرع للدفاع الاجتماعى عن النظام العام فى المجتمع ، وذلك فسى مواجهة جميع أفراد - سواء أكانوا من رجال الإدارة ، أم من الأفراد العاديين - ومن ثم ، فهو يطبق بالنسبة لكافة أوجه النشاط الإنسانى .

الإحتساب هو نظاماً ملازماً لكافة النظم القانونية الوضعية العالمية - قديمها ، وحديثها :

تكون الحسبة أمراً متحداً بين شعوب الأرض ^(١) ، لأن الله - سبحانه ، وتعالى - لم يستخلف الناس فى الأرض ليعيشوا على هواهم ، ويفعلوا مايشاءون ، دون قيد ، أو شرط ، وليتروا مايشاءون ، دون حسيب ، أو رقيب ، وإنما إستخلفهم ليطيعوا أمره ، وينتهوا بنهيهِ ^(٢) . ولذا ، لم يترك - سبحانه ، وتعالى - البشر من غير هدى ، حيث تقاطر ورود الشرائع السماوية عليهم منذ آدم ، إلى أن انتهت بالشرعية الإسلامية الغراء ، وقوام كل الشرائع السماوية الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ^(٣) ، ولكن كانت تبقى بين الشرعية السماوية السابقة ، وبين الشرعية التى تليها بعض الأصول العامة المعلومة عن المعروف ، وعن المنكر ، فينتلف منها الفلاسفة ، وينسبونها إلى عقولهم ^(٤) .

^(١) أنظر : عبد الحكيم عباس قرن عكاشة - الصفة فى العمل الإجرائى فى قانون المرافعات المصرى ، والفرنسى - ١٩٩٥ - بند ٢١١ ، ص ٢٥٨ .

^(٢) أنظر : إبراهيم الشهاوى - الحسبة - ص ١٠٦ ، ظافر القاسمى - نظام الحكم فى الشريعة ، والتاريخ الإسلامى - السلطة القضائية - ص ٦٠٩ ، حسن الليبى - دعاوى الحسبة - ص ٧ .

^(٣) أنظر : عبد القادر عودة - المال ، والحكم فى الإسلام - ص ٣٠ .

^(٤) أنظر : حسن الليبى - الإشارة المتقدمة .

^(٥) أنظر : الشاطى - الاعتصام - الجزء الأول - ص ٤٦ - ٥٣ .

فقواعد الحسبة تجد مصدرها الأول في الشرائع السماوية ^(١) ، حتى ولو نسبت في بعض الأزمنة إلى القوانين الوضعية . ولهذا ، نجد أن الحسبة - وهي نظاماً دينياً في الأصل ^(٢) - قد طبقت حتى في المجتمعات التي لا تدين بدين سماوى ، فوجدت تحت إسم ، أو آخر في كافة النظم القانونية ، فما من مجتمع ، قديم ، أو حديث عرف التنظيم ، أو شيئاً يشبه التنظيم إلا وكان من بين القواعد التي تسير عليها في سلوكه حداً أدنى يحرص عليه ، ولا يسمح بالمساس به ، ولا التنازل عنه ، لثقله بالمصالح الأساسية له . ولذا ، فقد حرصت تلك النظم على فرض الرقابة ، وتنظيم العقوبات التي توقع ضد مخالفه ، وهذا الحد الأدنى ، يطلق عليه إصطلاح : " النظام العام ، والآداب العامة " في عصرنا ، بينما يطلق عليه فقهاء علم أصول الفقه الإسلامى إصطلاح : " حقوق الله - سبحانه ، وتعالى " ، ليظهروا مدى خطره ، فلم يبيحوا للفرد رخصة التنازل عنه ، بينما أباحوا له ، ولكل فرد آخر حق الذود ، والدفاع عنه ، إحتساباً لوجه الله - سبحانه ، وتعالى - ولهذا ، فقد سعى التنظيم الإسلامى للدولة إلى تخصيص ولاية لصيانة تلك الحقوق ، هي ولاية الحسبة ، تقديراً منه لأهميتها ، لصيانة الدولة الإسلامية ، وحفظ مقومات صلاحها ، وتقديمها ^(٣) .

^(١) فقد حرصت جميع الشرائع السماوية على النص على وجوب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، فقد عرفت في شرائع من قبلنا ، عند الإسرائيليين ، وعند المسيحيين ، يعين ذلك من قول الله - تبارك ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " لمن الذين كفروا من بني إسرائيل على لسان داود وعيسى بن مريم ، ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون ، كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه ، لبئس ماكانوا يفعلون " . صدق الله العظيم . سورة المائدة - الآية رقم " ٧٨ - ٧٩ " .

كما ورد في الحديث النبوى الشريف : " عذب أهل قرية عملهم عمل الأنبياء ، لأنهم لم يكونوا يعضون الله - سبحانه ، وتعالى - ولا يأمرون بالمعروف ، ولا ينهون عن المنكر " . أنظر : الغزالي - إحياء علوم الدين - طبعة الشعب - ص ١٩٩٣ ، وما بعدها ، العضد - المواقف مع شرح الجرجاني ، وتعليق محمد بيصار - الطبعة الثالثة - ص ١٩٥ ، ابن حزم - الأحكام في أصول الأحكام - الجزء الخامس - ص ٧٣٢ ، وما بعدها .

^(٢) أنظر : ابن خلدون - المقدمة - طبعة الشعب - ص ٢٠٩ ، حسن الليدى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - ص ٤٤ .

^(٣) أنظر : حسن الليدى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - ص ٨ .

فالإحتساب هو نظاما ملازما لكافة النظم القانونية الوضعية العالمية - قديمها ، وحديثها ^(١) - فالحسبة وجدت في سائر المجتمعات ، لأنها ضرورة لحفظ أى مجتمع من الإنحلال ، وأن كافة أولى الأمر فى سائر الدول ، وعلى مر التاريخ . وبصفة خاصة ، القضاة ، يمارسون بعض إختصاصاتها على نحو ، أو آخر . فضلا عن الموظفين الذين كان يعقد لهم الإختصاص أصلا بنظر الحسبة ، على اختلاف التسميات التى أعطيت لها . وهكذا ، فإن الإحتساب إذا كان ليس إلا ضربا من الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر ، فمن قام به ، فقد قام بالإحتساب قطعا . وإذا تركت الحسبة ، فأهملت فى قوم ، كان ذلك إهمالا ، وتركاً للأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر . ولهذا ، كان الإحتساب من أول مايقوم به الأنبياء ، والمرسلون ، والدعاة ، والمرشدون ^(٢) ، قام به النبى - صلى الله عليه وسلم - طيلة حياته ، مليئة بنهى عن المنكرات ، وبأمره بالمعروف ، وقد كان أكثر نهيه عن أمور قائمة ، أو أمور محظورة معتادة ، وقل أن يكون عن منكر لم يقع ^(٣) . وكذلك ، كان الوضع فيما أمر به من معروف ، إذ كان يأمر بما لم يفعل من المعروف ، وكان ذلك هديه - صلى الله عليه وسلم - فى تشريعه ، لايسبق الحوادث ، ولايفترض الوقائع ، بل يشرع للواقع ، وعلى الواقع ، رأى الناس يعبدون الأوثان ، ويشركونها مع الله - سبحانه ، وتعالى - فنهى عن عبادة الأوثان ، وأمر بعبادة الله - سبحانه ، وتعالى - وحده ، ورأى الناس يأكلون الربا ، فنهاهم عنه ، وحرمه عليهم . ورآهم يتبايعون فى المذموم ، وفيما يكون غررا ، فنهاهم عن بيع المذموم . وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة - رضى الله تعالى عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مر على صبرة طعام ، فأدخل يده فيها ، فطالت أصابعه بللا ، فقال : ما هذا يا صاحب الطعام . فقال : أصابته السماء . فقال : رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أقل اجعلته فوق الطعام ، كى يراه الناس " من غشنا فليس منا " . صدق رسول الله - صلى الله عليه وسلم .

^(١) فى دراسة نظام الإحتساب فى النظم القانونية الوضعية الأجنبية القديمة عند كل من الإغريق ، والرومان ، والقوانين الوضعية الأجنبية الحديثة . وبصفة خاصة ، كل من القانون الإنجليزى ، والقانون الأمريكى ، أنظر : حسن الليلى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - ص ٩ ، ومابعدها .

^(٢) أنظر : بدرت نوال محمد بدير - أركان الحسبة - ص ٨٥ .

^(٣) أنظر : بدرت نوال محمد بدير - الإشارة المتقدمة .

وقد استعمل رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - سعيد بن العاص بن أمية على سوق مكة ، بعد الفتح ، فكان إليه الحسبة فيه ^(١) .

فقسيم رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - بالإحتساب من أخص صفاته ، وما لأجله بعث .

وقد قام بعده خلفاؤه فى ذلك على هديه ، فأمرُوا بالمعروف ، ونهوا عن المنكر ، وكان ذلك ظاهرا فى حياة عمر بن الخطاب - رضى الله تعالى عنه - إذ كان يجوب الطرقات ، والأسواق بدرته ، يعزر بها كل من يراه مرتكبا منكرا ، ومن يراه تاركا معروفا ، والمروى فى ذلك يكون معروفا ، وتغنى كثرتة ، وشهرته عن ذكره ، حتى أنه لكثرة ما عنى بذلك ، ليعد أول محتسب ^(٢) .

وكذلك ، كان الأمر فيما بعد عمر بن الخطاب - رضى الله تعالى عنه - غير أنه لم يكن لولاية الحسبة فى هذا الزمن - زمن الخلفاء الراشدين - من عين لها من الولاية خاصة ، بل ترك أمرها إلى من لهم ولاية الحكم على العموم ، وإلى آحاد المسلمين ، بحكم أنها تكون فريضة عليهم ^(٣) . ولم يزل الأمر كذلك ، إلى أن عين للقيام بهذه المهمة من يليها ، وسميت بهذا الاسم ، وقد حدث ذلك فى عهد الدولة العباسية ، وفيما بعدها من الزمن ، فكان فى كل من القاهرة ، دمشق ، حلب ، وغيرها ولاية المنكر ^(٤) .

شملت الحسبة جميع مظاهر الحياة ، الدينية ، والدنيوية ، كما شملت الأخلاق الفردية ، والقيم الإجتماعية ، والمعاملات :

شملت الحسبة جميع مظاهر الحياة ، الدينية ، والدنيوية ، كما شملت الأخلاق الفردية ، والقيم الإجتماعية ، والمعاملات ^(٥) .

^(١) أنظر : بدرت نوال محمد بدير - أركان الحسبة - ص ٨٦ .

^(٢) أنظر : بدرت نوال محمد بدير - الإشارة المقدمة .

^(٣) أنظر : بدرت نوال محمد بدير - الإشارة المقدمة .

^(٤) أنظر : بدرت نوال محمد بدير - الإشارة المقدمة .

^(٥) أنظر : اسحق موسى الحسنى - المرجع السابق - ص ٣٣٧ .

شملت الحسبة جميع مظاهر الحياة ، الدينية ، والدنيوية ، أما الدين ، فحق الله - سبحانه ، وتعالى - على الناس . وأما الدنيا ، فحق الناس بعضهم على بعض ، وأداء إلى الله - سبحانه ، وتعالى - يكون مقدما على أداء حق الناس :

شملت الحسبة جميع مظاهر الحياة ، الدينية ، والدنيوية ، أما الدين ، فحق الله - سبحانه ، وتعالى - على الناس . وأما الدنيا ، فحق الناس بعضهم على بعض ، وأداء إلى الله - سبحانه ، وتعالى - يكون مقدما على أداء حق الناس ، لأن الدين هو الوازع الدائم الذى يغنى عن الوازع المدنى ، ومالم يرق فى الإنسان ضميرا حيا ينبض بحب الله - سبحانه ، وتعالى - ويتجه إلى مرضاته فى جميع الحركات ، والسكنات ، فإن الوازع المدنى يعجز عن أداء عمله كاملا . ولذا ، كانت الدعوة إلى العبادات جزء لا يتجزأ من الحسبة ، كى يبقى الضمير حيا ، متوجها إلى الله - سبحانه ، وتعالى - فى كل حال ^(١) . وقد علل الإمام / ابن تيمية أمر المحتسب العامة بالصلوات : " بأن الصلاة هى أعرف المعروف من الأعمال ، وهى عمود الدين الإسلامى الحنيف ، وأعظم شرائعه ، وهى قرينة الشهادتين " ^(٢) . ولهذا المعنى ، قال الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر " ^(٣) . صدق الله العظيم . وعناية الحسبة بالأخلاق تظهر فى مواطن كثيرة ^(٤) ، منها : أنه يجوز للمحتسب أن يأمر الجماعة الذين دون الأربعين عددا أن يقيموا صلاة الجمعة ، لئلا ينشأ الصغير على تركها ، فيظن أنها تسقط مع زيادة العدد ، كما تسقط بنقصانه ^(٥) . وللمحتسب أن يأمر بتعجيل الصلاة ، خشية أن يفضى تأخيرها بالصغير الناشئ إلى الاعتقاد أن هذا هو الوقت ، دون ما تقدم ^(٦) .

^(١) أنظر : إسحق موسى الحسنى - الإشارة المقدمة .

^(٢) أنظر : ابن تيمية - الحسبة فى الإسلام - ص ٩ .

^(٣) سورة العنكبوت - الآية رقم (٤٥) .

^(٤) أنظر : إسحق موسى الحسنى - الإشارة المقدمة .

^(٥) أنظر : الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ٢٣٠ .

ومما يؤخذ المحتسب بمراعاته ، تقصير المعلمين فى أداء عملهم ، خشية أن ينشأ الصغار على طرائق يكون نقلهم منها بعد الكبر عسيرا ، فيقر منهم من توافر علمه ، وحسنت طريقته ، ويمنع من قصر ، وأساء للتصدير ، لما يفسد به النفوس ، وتخبث به الآداب (١) .

ويطلب من المحتسب نفسه التحلى بالأخلاق الكريمة - كالرفق ، والحلم ، والصبر (٢) - لما جاء فى الأكثر : " لا يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر إلا من كان فقيها فيما يأمر ، فقيها فيما ينهى عنه ، رفيقا فيما يأمر ، رفيقا فيما ينهى عنه ، حليما فيما يأمر ، حليما فيما ينهى عنه " (٣) .

وللمحتسب أن يمنع المؤدب استخدام الصبيان فى حوائجه ، وأشغاله التى فيها عارا على آبائهم - كنقل الزيل ، وحمل الحجارة ، وغير ذلك (٤) - وأن يتحرى بأن يكون السائق لهم - والمكلف بأخذ الصبيان يوميا إلى المكتب - أمينة ثقة ، وأهلا ، لأنه يتسلم الصبيان فى الغدو ، والرواح ، وأن يمنع المؤدب من تحفيظ الصبيان الشعر المسترذل ، والنظر فيه (٥) ، وأن يأمر الأولاد ببر الوالدين ، والإنقياد لهما بالسمع ، والطاعة ، والسلام عليهما ، وتقيل أيديهما عند الدخول (٦) ، وأن لا يضرب الصبى إلا تحت قدميه ثلاثا ، أو خمسا (٧) .

(١) أنظر : الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ٢٣١ .

(٢) أنظر : الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ٢٤٢ .

(٣) أنظر : إسحق موسى الحسى - الإشارة المقدمة .

(٤) أنظر : ابن تيمية - الحسبة فى الإسلام - ص ٦٢ ، إسحق موسى الحسى - نظام الحسبة فى الإسلام - مقالة من المؤتمر الأول لجمع البحوث الإسلامية - مارس سنة ١٩٦٤ - ص ٣٣١ - ٣٤٩ - ص ٣٣٧ .

(٥) أنظر : إسحق موسى الحسى - الإشارة المقدمة .

(٦) أنظر : نهاية الرتبة - ص ١٠٤ .

٧ - أنظر : إسحق موسى الحسى - الإشارة المقدمة .

(١١) أنظر : نهاية الرتبة - ص ١٠٣ .

وللمحتسب أن يأخذ السادة بحقوق العبيد ، والإماء ، وأن لا يكلفوا من الأعمال ما لا يطيقون ، وإذا استعداه العبد في امتناع سيده من كسوته ، ونفقتة ، جاز أن يأمره بهما ، ويأخذه بالترامهما ^(١) ، ويجب عليه أن يراعى سيرة أهل الأسواق المختصين بمعاملة النساء ، وأمانتهم ، فإذا تحققها منهم ، أقر على معاملتهن ، وإن ظهرت منهم الريبة ، وبأن عليهم الفجور ، منعهم من معاملتهن ، وأدبهم على التعرض لهن ^(٢) .

وقد تعدى عمل المحتسب الرفق بالإنسان إلى الرفق بالحيوان ، إذ عليه أن يأخذ أرباب البهائم بعقوقها ، إذا قصروا ، وأن لا يستعملوها فيما لا تطيق ^(٣) . ويروى الإمام / ابن تيمية عن رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - قوله : " هي لرجل أجر ، ولرجل ستر ، وعلى رجل وزر . فلما أذى هي له أجر ، فرجل ربطها تغنيا ، وتعطفا ، ولم ينس حق الله - سبحانه ، و تعالى - في رقابها ، ولا ظهورها " ^(٤) .

وعلى المحتسب أن يأمر جلابة الحطب ، والتبن ، وغيرهم إذا وقفوا في العراض أن يضموا الأحمال على ظهور الدواب ، لأنها إذا وقفت والأحمال عليها ، أضررتها ، وكان في ذلك تعذيبا لها ^(٥) . وقد نهى رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - عن تعذيب الحيوان لغير مأكله ^(٦) .

ويذكر الشيرازي في الحسبة على الجزار أن لا يجر الشاة برجلها جرا عنيفا ، وأن لا يذبح بسكين كالة ، لأن في ذلك تعذيبا للحيوان ^(٧) . ويشترط على من يتعاطى البيطرة أن يكون ذا علم بعلى الدواب ، وعلاجها ، ذا دين يصدده عن التهجم عليها ، بقصد ، أو قطع

^(١) أنظر : السقطي - آداب الحسبة - ص ٦٨ .

^(٢) أنظر : الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ٢٤٤ .

^(٣) أنظر : الماوردي - الإشارة المتقدمة .

^(٤) أنظر : الماوردي - الإشارة المتقدمة ، إسحق موسى الحسبي - المرجع السابق - ص ٣٣٨ .

٥ - أنظر : إسحق موسى الحسبي - الإشارة المتقدمة .

^(٦) أنظر : ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - ص ٣٢ .

^(٧) أنظر : نهاية الرتبة - ص ١٤ ، ١١٧ .

، أو كسى ، أو ما أشبه ذلك ، بغير مخبرة ، فيؤدى ذلك إلى هلاكها ، أو عطبها ، لأن اللواب ليس لها نطقا تعبر عنه عما تجد من المرض ، والألم ^(١) .

تكون شواهد عناية الحسبة بالقيم الإجتماعية ، وصلاح الجماعة ، وكفالة خيرها ، وأمنها ، وسلامتها كثيرة :

تكون شواهد عناية الحسبة بالقيم الإجتماعية ، وصلاح الجماعة ، وكفالة خيرها ، وأمنها ، وسلامتها كثيرة ^(٢) ، منها : مارواه السقطى فى آداب الحسبة أنه وجد فى الكوفة محتسبا لم يترك مؤذنا يؤذن فى منار إلا معصوب العينين ، ومن أجل ديار الناس ، وحريمهم ^(٣) .

وعلى المحتسب أن يأخذ حمالى اللحم ألا يحملوه إلا فى أوعية ، يضعون اللحم فيها كل ليلة ، ويغسلونها من الغد ^(٤) ، وأن يمنع الجزارين من نفخ الذبيحة عند سلخها ، لئلا ينفخ فيها من به بخرا ، فيتغير طيب اللحم ^(٥) ، وأبعد من هذا فى المحافظة على رقة الإنسان ألا يأكل المزين ما يغير نكهته - كالبصل ، الثوم ، الكرات ، وأشباه ذلك - لئلا يتضرر الناس برائحته عند الحلاقة ^(٦) .

وقد بلغوا حد الترف حين قرروا أن يأمر المحتسب المذلل أن يده بقشور الرمان ، لتصير خشنة ، فتخرج الوسخ من ناحية ، ويستلذ بها الإنسان من ناحية أخرى ^(٧) .

وأوجبوا على العجان أن لا يعجن إلا وعليه ملعبة - ثوبا من غير كم - أو بشت - رداء من الصوف مقطوع الأكمام - وأن يكون ملثما أيضا ، لأنه ربما عطس ، أو تكلم ، فقطر

(١) أنظر : نهاية الرتبة - ص ٨٠ .

٢ - أنظر : إسحق موسى الحسينى - المرجع السابق - ص ٣٣٨ .

(٢) أنظر : نهاية الرتبة - ص ٨٠ .

(٣) أنظر - السقطى - آداب الحسبة - ص ٦٧ .

(٤) أنظر : السقطى - آداب الحسبة - ص ٣٢ .

(٥) أنظر : نهاية الرتبة فى طلب الحسبة - ص ٨٨ .

(٦) أنظر : نهاية الرتبة - ص ٨٨ ، إسحق موسى الحسينى - المرجع السابق - ص ٣٣٩ .

شيئا من بصاقه ، أو مخاطه في العجين ، وأن يشد على جبينه عصابة ، لئلا يعرق ، فيقطر شيئا في العجين ، وإذا عجن في النهار ، فليكن عنده إنسانا في يده مذبة ، يطرد بها الذباب عنه ^(١) .

وأوجبوا على الحلواني أن لا تبرج المذبة في يده يطرد بها الذباب عن حلواه ^(٢) . وأوجبوا على السمانين " اليقالين في مصر " أن تكون بضائعهم مصنوعة في الرانس ، والقطارميز ، لئلا يصل إليها شيئا من الذباب ، وهوام الأرض ، أو يقع عليها شيئا من التراب ، والغبار ، ونحو ذلك ، وأن تكون المذبة في أيديهم ، لدفع الذباب عن البضاعة ، وأن تكون أثوابهم ، مفارقهم ، أنيتهم ، وموازينهم نظيفة مغسولة ^(٣) .

وأوجبوا على القصاب بعد الفراغ من البيع أن ينثر ملحا مسحوقا على القرمية التي يقصب عليها اللحم ، لئلا تلحسها الكلاب ، أو يدب عليها شيئا من هوام الأرض ، فإن لم يجد ملحا ، فالأشنان المسحق يقوم مقامه . ومنعوا القصابين من إخراج توالى " أعجاز " اللحم من حد مساطب حوائيتهم ، لئلا تلاحظها ثياب الناس ، فيتضررون بها ^(٤) .

ولقد كان تنظيم الجماعة ، وتوحيد كلمتها هدفا من أهدافهم . ولذا ، فقد قرروا وجوب التأمير على الجماعة ، حين يكون عددها ثلاثة ؛ إتباعا لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم : " إذا خرج ثلاثة في سفر فليؤمروا أحدهم " . صدق رسول الله - صلى الله عليه وسلم : " إذا خرج ثلاثة في سفر فليؤمروا أحدهم " . صدق رسول الله - صلى الله عليه وسلم : " لا يحل لثلاثة يكونون بقلاة من الأرض إلا أمروا أحدهم " . صدق رسول الله - صلى الله عليه وسلم ، وإذا وجب ذلك في القلة ، فهو أوجب في الكثرة ^(٥) .

وقرروا وجوب تنظيم الجماعة لأداء صلاة الجمعة ، وأوجبوا على المحتسب أن يأخذهم بإقامتها ، ويؤدبهم على الإخلال بها ، إن كانوا عددا قد اتفق على انعقاد الجمعة بهم ،

^(١) أنظر : نهاية الرتبة - ص ٢٢ .

^(٢) أنظر : نهاية الرتبة - ص ٤٠ .

^(٣) أنظر : نهاية الرتبة - ص ٦٠ ، إسحق موسى الحسين - الإشارة المقدمة .

^(٤) أنظر : نهاية الرتبة - ص ٢٨ .

^(٥) أنظر : ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - ص ٥ .

كالأربعين ، فما زاد ، وإن لم يبلغ العدد الأربعين ، أمر بها ، إذا اتفق رأيهم ، ورأى القوم على انعقاد الجمعة العدد (١) .

وجعلوا لأصحاب كل صنعة سوقا يختص بهم ، ونقابة تجمعهم ، وجوزوا للمحتسب أن يجعل لأهل كل صنعة عريفا من صالح أهلها ، خبيرا بصناعتهم ، مشهورا بالثقة ، والأمانة ، يكون مشرفا على أحوالهم ، ويطلبه بأخبارهم (٢) .

وجعلوا للفقير ، والمحتاج حقا في مال الغنى ، وملكه ، فإذا اضطر قوم لامكان يأوون إليه إلى السكنى في بيت إنسان ، فعلى المحتسب أن يسكنهم فيه ، ولو احتاجوا إلى أن يعيهم ثيابا ، يستدفنون بها من البرد ، أو إلى آلات يطبخون بها ، أو يبنون ، أو يسقون ، يبذل هذا مجانا لهم ، وإذا احتاجوا إلى أن يعيره دلو يسقون به ، أو قدرا يطبخون فيها ، أو فأسا يحفرون بها ، وجب بذل ذلك لهم بالمجان ، حسبما قرر الإمام / ابن تيمية - رحمه الله - سبحانه ، وتعالى (٣) - إيتاء قول الله - تبارك ، وتعالى - في كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " قول للمصنفين الذين هم عن صلاتهم ساهون الذين هم يراعون ويمنعون الماعون " (٤) . صدق الله العظيم .

وجوز الإمام / ابن تيمية - رحمه الله سبحانه ، وتعالى - للمحتاج إلى إجراء ماء في أرض غيره ، من غير ضرر لصاحب الأرض ، أن يجريها (٥) ، وأوجب بذل منافع السبيل عند الحاجة - كتعظيم العلم ، الإفتاء ، وأداء الشهادة (٦) - واعتبر الصناعات الضرورية للمجتمع - كالزراعة ، النجارة ، والبنائية - فرضا على الكفاية ، إلا أن يتعين ، فيكون فرضا على الأعيان ، لأنه لا تتم مصلحة الناس إلا بها (٧) . ولولى الأمر إن

(١) أنظر : الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ٢٣٠ .

(٢) أنظر : نهاية الرتبة - ص ١٢ .

(٣) أنظر : ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - ص ٣١ .

(٤) سورة الماعون - ص ٧ .

(٥) أنظر : ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - ص ٣٢ .

(٦) أنظر : ابن تيمية - الإشارة المقدمة .

(٧) أنظر : ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - ص ١٧ .

أجبر أهل هذه الصناعات على مآحتاج إليه الناس من صناعاتهم أن يقدر أجرة المثل ، وكان ذلك من التسعير الواجب (١) .

وأوجبوا على ذوى المكنة عمارة المساجد ، وبناء الأسوار ، وإصلاح أماكن الشرب ، ومراعاة بنى السبيل ، وذلك إذا أعذر بيت المال ، ومن أعذره المال ، أعان بالعمل (٢) .

وإذا تعرض للمسألة نو جلد ، وقوة على العمل ، زجره المحتسب ، وأمره أن يتعرض للإحتراف بعمله ، فإن أقام على المسألة ، عزره ، حتى يقلع عنها (٣) .

ومد محتسب تونس - زمن أبى زكريا الحفصى - يد العون للأندلسيين ، الذين نزحوا عن ديارهم إلى تونس ، وجعل فقراءهم عند أناس من أهل البلاد ، يعملون لهم ، وأذن لغيرهم أن يسكنوا حيث أرادوا (٤) .

وجروا هذا المجرى فى إقامة المجتمع الفاضل فى كثير من الأمور التى يطول شرحها ، كأخذ الأولياء بنكاح الأياى من أكفائهن ، إذا طلبن ذلك . ومنع زيادة حمولة السفن ، خشية غرقها (٥) . ومنع انتهاك حرمة البيوت . ومنع التجسس على الناس ، لكشف مالم يظهر من المحظورات (٦) .

(١) أنظر : ابن تيمية - الحسبة فى الإسلام - ص ٣٢ .

٢ - أنظر : الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ٢٣٣ ، إسحق موسى الحسينى - نظام الحسبة فى الإسلام - مقالة من المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية - مارس سنة ١٩٦٤ - ص ٣٣١ - ٣٤٩ .

٣ - أنظر : الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ٢٣٥ .

(٤) أنظر : الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ٢٤٤ ، إسحق موسى الحسينى - المرجع السابق - ص ٣٤٩ .

(٥) أنظر : غاية الرتبة فى طلب الحسبة .

(٦) أنظر : غاية الرتبة فى طلب الحسبة - ص ٢٤٤ .

تكشف الحسبة عن المعاملات في المجتمع الإسلامي :

تكشف الحسبة عن قواعد المعاملات في المجتمع الإسلامي ^(١) ، وأول ما يلاحظ أن تلك القواعد تكون عامة ، يقصد بها جميع الناس ، دون تمييز في الدين ، أو الجنس ، أو المنصب . فليس للخليفة ، أو القاضي ، أو أرباب الولاية امتيازاً . وللمحتسب أن يحتسب عليهم جميعاً ^(٢) ، ولا فرق بين المسلم ، والذمي في المعاملة ، فكلاهما يكون مكلفاً بتنفيذ ما عليه من واجبات ، وأخذ ماله من حقوق ، حسب الشرع ، والعهد ^(٣) .

وأساس المعاملات جميعها مراقبة الله - سبحانه ، وتعالى - والحكم بين الناس بالعدل ، والمحافظة على أموال الناس ، وأعراضهم ، وأرواحهم ، والمتاجرة بالأمانة ، والصدق ، ومال إلى ذلك من قواعد نص عليها الشرع الإسلامي الحنيف ^(٤) . ولذا ، قال الإمام / الشيرازي - رحمه الله - سبحانه ، وتعالى : " إن الضابط في أمور الحسبة هو الشرع المطهر ، فكل ما نهت الشريعة الإسلامية الفراء عنه يكون محظوراً ، ووجب على المحتسب إزالته ، والمنع من فعله ، وما بهأخته الشريعة الإسلامية الفراء ، أراه على ما هو عليه " ^(٥) .

وقرروا أن يكون والي الحسبة فقيهاً ، عالماً بأحكام الشرع الإسلامي الحنيف ، وأن يكون حراً عدلاً ، ذا رأي ، وصراحة ، وخشونة في الدين ، وعلم بالمنكرات الظاهرة ^(٦) .

وتابعاً لهذه القواعد ، منع المحتسب إحتكار الطعام ، وإلزام التجار المحتكرين ببيعه إجباراً ، ومنع الغش في جميع المبيعات ^(٧) ، ووضع لذلك قواعد في غاية الدقة ، كان

١ - أنظر : إسحق موسى الحسبي - المرجع السابق - ص ٣٤١ .

(٢) أنظر : نهاية الرتبة في طلب الحسبة - ص ١١٤ .

٣ - أنظر : إسحق موسى الحسبي - الإشارة المقدمة .

(٤) أنظر : نهاية الرتبة - ص ١١٨ .

(٥) أنظر : ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - ص ٥ .

(٦) أنظر : نهاية الرتبة - ص ١١٨ .

(٧) أنظر : الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ٢٢٨ .

يزن الخياط الثوب الثمين ، ليرده إلى صاحبه بوزنه ^(١) . وأن يفرد القصاب لحوم الماعز عن الضأن ، ولا يخلط بينهما ^(٢) . وأن لا يخلط القطان جديد القطن بقديمه ^(٣) . وأن يتخذ البائع الأرطال ، والأواني من الحديد ^(٤) . وأن يعرف الصانع المشتري مقدار ما فى الحلى المعشوشة من الغش ^(٥) . وأن لا يسبك أحد فى الكور شيئاً من الحلى إلا بحضرة صاحبه ^(٦) .

وللمحتسب أن يختار الكياليين ، والوزانين " إذا اتسع البلد " ، من الأمناء النقاة . وأن يدفع أجورهم من بيت مال المسلمين - إن اتسع لها - ^(٧) . وله أن يثقن فى بعض الصناعات من علم أصحابها ، وأن يختبرهم ^(٨) . فاليزاز ينبغى أن لا يتجر بالبز إلا إذا عرف أحكام البيع ، وعقود المعاملات ، وما يحل له ، وما يحرم عليه . وقد قال عمر بن الخطاب - رضى الله تعالى عنه : " لا يتجر فى سوقنا إلا من تفقه فى دينه " ^(٩) . والواجب أن لا يتعاطى الصيرفى الصرف إلا بعد معرفته بالشريع الإسلامى الحنيف ^(١٠) . وأن لا يتعاطى البيطرة إلا من له ديناً يصدده عن التهجم على الدواب ، بقصد ، أو قطع ،

١ - أنظر : نهاية الرتبة - ص ١٢ .

٢ - أنظر : نهاية الرتبة - ص ٦٧ .

٣ - أنظر : نهاية الرتبة - ص ٢٨ .

^(١١) أنظر : نهاية الرتبة - ص ١٩ .

^(١٢) أنظر : إسحق موسى الحسينى - المرجع السابق - ص ٣٤٩ .

^(١٣) أنظر : نهاية الرتبة - ص ٧٧ .

^(١٤) أنظر : الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ٢٤٠ .

^(١٥) أنظر : إسحق موسى الحسينى - نظام الخسبة فى الإسلام - مقالة من المؤتمر الأول لجمع البحوث الإسلامية - مارس سنة ١٩٦٤ - ص ٣٣١ - ٣٤٩ - ص ٣٤٩ .

^(١٦) أنظر : نهاية الرتبة - ص ٦٩ .

أو كى (١) ، وينبغي أن يمتحنه المحتسب فى علمه (٢) . ويجب أن لا يتصدى للفصد إلا من اشتهرت معرفته بتشريح الأعضاء ، العروق ، العضل ، والشرابين (٣) . وينبغي للمحتسب أن يأخذ على الأطباء عهد " بقراط " ، وأن يحلفهم أن لا يعطوا أحدا دواء مضرا ، ولا يركبوا له سما ، ولا يصفوا التمايم عند أحد من العامة ، وأن لا يفشوا الأسرار ، ولا يهتكوا الأسرار (٤) .

وقرر الإمام / ابن تيمية - رحمه الله سبحانه ، وتعالى - التسعير فى الأموال ، والأعمال فى كثير من الحالات (٥) ، كأن يمتنع أرباب السلع عن بيعها ، مع ضرورة الناس إليها ، إلا بزيادة على القيمة المعروفة . أو أن يختص بشراء طعام ، وبيعه . فهنا ، يجب التسعير عليهم ، بحيث لا يبيعون إلا بقيمة المثل ، ولا يشترون أموال الناس إلا بقيمة المثل . أو أن يحتاج الناس إلى سلاح للجهاد ، فعلى أهل السلاح أن يبيعوه بعوض المثل . أو أن يحتاج الناس إلى الصناعة ، والفلحة ، والحياسة ، فيجب المحتسب أهلها عليها ، ويقتدر لهم أجره المثل . أو إذا احتاج الناس من يصنع لهم آلات الجهاد فى سبيل الله - سبحانه ، وتعالى - من سلاح ، وجسر للحرب ، وغير ذلك - فيسعر بأجرة المثل (٦) .

(١) أنظر : نهاية الرتبة - ص ٨٠ .

(٢) أنظر : نهاية الرتبة - ص ٨٣ .

(٣) أنظر : نهاية الرتبة - ص ٨٣ .

(٤) أنظر : نهاية الرتبة - ص ٨٩ .

٥ - أنظر : إسحق موسى الحسيني - المرجع السابق - ص ٣٤٩ .

٦ - أنظر : نهاية الرتبة - ص ٩٨ .

المبحث التاسع

الحقوق التي تقوم من أجلها الحسبة (١)

تعد الحسبة نوعاً من الرقابة على السلوك الإنساني ، الذي يشكل تهديداً لقيم المجتمع ، أياً كان مجال هذا السلوك :

تعد الحسبة نوعاً من الرقابة على السلوك الإنساني ، الذي يشكل تهديداً لقيم المجتمع ، أياً كان مجال هذا السلوك ، سواء تعلق بمجال الحكم ، أو الإدارة ، أو الجرائم ، أو الأحوال الشخصية ، أو المعاملات المالية ، طالما أن هذا السلوك يمس حقاً من حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - أو حقاً مشتركاً ، غلب فيه حق الله - تبارك ، وتعالى (٢) - وذلك على أساس تقسيم الحقوق إلى ثلاثة أنواع ، حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - فقط - كالإيمان ، وتحريم الكفر - وحقوق العباد فقط - كالديون ، والأمان - وحقوق مشتركة ، قد يغلب فيها حق الله - سبحانه ، وتعالى - وقد يغلب فيها حق العبد - كحد القذف - وقد اتخذ التنازل ، أو الإسقاط كمعيار للتمييز بين هذه الحقوق ، فما يجوز للعبد التنازل عنه ، أو إسقاطه ، يكون حقاً له . أما ما لا يجوز له إسقاطه ، أو التنازل عنه ، فإنه يكون من حق الله - تبارك ، وتعالى - أو يغلب فيه حق الله - تبارك ، وتعالى (٣) .

ونسبة الحقوق إلى الله - تبارك ، وتعالى - يكون على سبيل التعظيم لها ، لأنه - سبحانه ، وتعالى - يتعالى عن أن يستفيع بشئ ، وبيان خطرهما ، ونفعهما للناس كافة ، ويجرى التعبير عن هذا المعنى في لغة القانون بالحقوق التي تتصل بالنظام العام ، والآداب العامة في المجتمع ، بحيث لا تقبل المخالفة ، ولا يجوز التنازل عنها .

ينحصر نطاق ولاية الحسبة - أي أعمال ، وسلطات المحتسب - بصفة أساسية في الأمر بكل معروف ظهر تركه ، والنهي عن كل منكر ظهر فعله

١ - في بيان الحقوق التي تقوم من أجلها الحسبة ، أنظر : إبراهيم أمين النياوي - أصول القضاة ، إجراءاته - ص ١٥٢ ، ١٥٣ .

(١) أنظر : إبراهيم أمين النياوي - أصول القضاة ، إجراءاته - ص ١٥٢ ، ١٥٣ .

(٢) أنظر : إبراهيم أمين النياوي - أصول القضاة ، إجراءاته - ص ١٥٣ .

، سواء كان ذلك متعلقاً بحقوق الله - سبحانه ، وتعالى - أو بحقوق العباد ،
 أو بالحقوق المشتركة بين الله - سبحانه ، وتعالى - وبين عباده :
 ينحصر نطاق ولاية الحسبة - أى أعمال ، وسلطات المحتسب (١) - بصفة أساسية فى
 الأمر بكل معروف ظهر تركه ، والنهى عن كل منكر ظهر فعله ، سواء كان ذلك متعلقاً
 بحقوق الله - سبحانه ، وتعالى - أو بحقوق العباد ، أو بالحقوق المشتركة بين الله -
 سبحانه ، وتعالى - وبين عباده (٢) .

سنأخذ بتقسيم العلامة أبى الحسن الماوردى لأعمال المحتسب ، وهذا
 التقسيم يقوم على أساس أن وظيفة المحتسب أصلها الأمر بالمعروف ،
 والنهى عن المنكر ، وعلى أساس التقسيم الثلاثى للحقوق : حقوق الله -
 سبحانه ، وتعالى - وهى التى تتعلق بالعبادات ، وبكيان المجتمع الإسلامى

(١) راجع هذه الأعمال ، والسلطات لدى : الشيرازى - نهاية الرتبة فى طلب الحسبة - ص ١١ ،
 ومابعداها ، ابن تيمية - الحسبة فى الإسلام ، أو وظيفة الحكومة الإسلامية - ص ٩ ، ومابعداها ، عبد الله
 محمد عبد الله - الحسبة فى الإسلام - الرسالة المشار إليها - ص ٣٣٢ ، ومابعداها ، الشهاوى -
 الحسبة فى الإسلام - ص ٨٢ ، ومابعداها ، الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ٢٢٨ ، ومابعداها ،
 إيسن يعلى - الأحكام السلطانية - ص ٢٨٣ ، ومابعداها ، الإمام الغزالى - إحياء علوم الدين - الجزء
 الثانى - ص ٢٩٥ ، ومابعداها ، محمد سلام مذكور - القضاء فى الإسلام - ص ١٥٢ ، شوكت عليان
 - السلطة القضائية فى الإسلام - ص ٤١٧ ، ومابعداها ، سليمان الطماوى - السلطات الثلاث -
 ص ٤٢٣ ، ومابعداها ، عطية مشرفة - القضاء فى الإسلام - ص ١٨٣ ، ومابعداها ، حسن إبراهيم ،
 على إبراهيم حسن - المدخل للفقه الإسلامى - ص ٢٧٠ ، ومابعداها ، على الخفيف - الحسبة فى
 الإسلام - مقال مقدم لأسبوع الفقه الإسلامى ، ومهرجان الإمام ابن تيمية بدمشق - فى الفترة من ١٦
 - ٢١ شوال سنة ١٣٨٠ هـ ، طبعة المجلس الأعلى للفنون ، والآداب ، والعلوم الاجتماعية - سنة
 ١٩٦١ ، حسن فهمى - الحسبة فى الإسلام - دراسة مقارنة بالأنظمة المشابهة فى التشريع الوضعى ،
 مقالة مقدمة لأسبوع الفقه الإسلامى ، ومهرجان الإمام ابن تيمية بدمشق - طبعة المجلس الأعلى للفنون -
 سنة ١٩٦١ ، عبد الرزاق الحصان - الحسبة - بغداد - سنة ١٩٤٦ - ص ٣٥ ، ومابعداها .

(٢) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - الرسالة
 المشار - ص ٣٤١ .

، وحقوق العباد ، وهى الحقوق الخاصة للأفراد - كحق الملكية مثلا - وحقوقا مشتركة بين الله - سبحانه ، وتعالى - والعباد ، وهى الحقوق التى تحمل خصائص الحقين السابقين معا :

سنأخذ بتقسيم العلامة أبى الحسن الماوردى لأعمال المحتسب ، وهذا التقسيم يقوم على أساس أن وظيفة المحتسب أصلها الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وعلى أساس التقسيم الثلاثى للحقوق : حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - وهى التى تتعلق بالعبادات ، وبكيان المجتمع الإسلامى ، وحقوق العباد ، وهى الحقوق الخاصة للأفراد - كحق الملكية مثلا - وحقوقا مشتركة بين الله - سبحانه ، وتعالى - والعباد ، وهى الحقوق التى تحمل خصائص الحقين السابقين معا ^(١) ، ولكن الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر يكونان من الشمول ، والعموم ، بحيث يستوعبان أحكام الشريعة الإسلامية القراء كلها . ومن ثم ، يصعب حصر أعمال المحتسب ، وقد أشار إلى ذلك الفقيه / عبد الرحمن بن نصر الشيرازى ، فقال : " لو شرعت أن أذكر جميع ما ينبغى للمحتسب أن يفعله من أمور الحسبة ، لطال الكتاب ، ولم يقع عليه حصرا ، ولكن قد وضعت أصولا ، وقواعد يقيس عليها المحتسب ما يجانسها ، ولعمري أن الضابط فى أمور الحسبة هو الشرع المطهر ، فكل ما نهت الشريعة الإسلامية القراء عنه ، يكون محظورا ، ووجب على المحتسب إزالته ، والمنع عن فعله ، وما أباحت الشريعة الإسلامية القراء ، أقره على ما هو عليه " ^(٢) .

كما نجد الإمام / ابن تيمية يضع ضابطا عاما لأعمال المحتسب ، فيقول : " وأما المحتسب فله الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، مما ليس من خصائص الولاية ، وأهل الديوان ، ونحوهم " ^(٣) .

ونتيجة لذلك ، فإنه فيما عدا ما يكون من خصائص الولاية ، والقضاة ، وأهل الديوان ، ونحوهم ، يكون للمحتسب أن يأمر بكل معروف ، وينهى عن كل منكر . ولذا ، فإننا لن

^(١) أنظر : أبى الحسن الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ٢٢٨ ، وما بعدها ، ابن يعلى - الأحكام السلطانية - ص ٢٨٣ .

^(٢) أنظر : عبد الرحمن بن نصر الشيرازى - الرتبة فى طلب الحسبة - طبعة سنة ١٩٤٦ م - ص ١١٨

^(٣) أنظر : ابن تيمية - الحسبة فى الإسلام - طبع مطبعة المؤيد - سنة ١٣١٨ هـ - ص ٩ .

نستطيع التعرض لجميع أعمال المحتسب ، إذ لن يتسع مجال بحثنا لذلك ، وسنقتصر فقط على الإشارة إلى بعضها .

يقوم المحتسب بالأمر بالمعروف ، وقد يتعلق ذلك بحقوق الله - سبحانه ، وتعالى - الخاصة :

يقوم المحتسب بالأمر بالمعروف ، وقد يتعلق ذلك بحقوق الله - سبحانه ، وتعالى - الخاصة ، كالإشراف على إقامة صلاة الجمعة ، متى استوفت شروطها الشرعية ، وصلاة العيدين ، والأمر بصلاة الجماعة في المساجد ، وإقامة الأذان فيها ، كما يزجر من يتركون الصلاة بلا عذر شرعي ^(١) .

يقوم المحتسب بالأمر بالمعروف ، وقد يتعلق ذلك بحقوق العباد :

يقوم المحتسب بالأمر بالمعروف ، وقد يتعلق ذلك بحقوق العباد ، وبعض هذه الحقوق ذو طابع عام ، وهو ما يشترك في الإنتفاع به سائر الناس ، وتعود بالنفع لصالح الجماعة ، فيقوم المحتسب بالإشراف على المرافق العامة - كالمساجد ، والمستشفيات ، والأسوار ، ودور الأيتام - وتقديم المساعدات لأبناء السبيل ، وغيرها . والإنفاق على هذه الخدمات عند يكون من بيت مال المسلمين ، أو من أغنياء المسلمين - بحسب ظروف الحال - والبعض الآخر من حقوق العباد ذو طابع خاص ، حيث يتعلق الأمر بالمعروف بحقوق الأفراد قبل بعضهم البعض ، ومثال ذلك : المماثلة في الحقوق ، وفي أداء الديون ، إذا أخبرت بدون مقتضي ، أو عذر . فللمحتسب أن يأمر بأداء الحقوق ، وسداد الديون ، ولكن ليس له حبس المدين ، إذ الحبس في الدين حكما ، وذلك يكون للقاضي ، وهو يأمر بسداد الديون ، وأداء الحقوق ، بشرط المقتررة ، وظهور الحق ، أو الدين ، إذا تقدم إليه الدائن ، أو صاحب الحق ^(٢) ، ويقوم بكفالة من تجب كفالته من الصغار ، وغير ذلك من حقوق العباد ^(٣) .

^(١) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائي - الرسالة المشار إليها - ص ٣٤٢ .

^(٢) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - الإشارة المقدمة .

^(٣) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - المرجع السابق - ص ٣٤٣ .

يقوم المحتسب بالأمر بالمعروف ، وقد يتعلق ذلك بالحقوق المشتركة بين الله - سبحانه ، وتعالى - والعباد :

يقوم المحتسب بالأمر بالمعروف ، وقد يتعلق ذلك بالحقوق المشتركة بين الله - سبحانه ، وتعالى - والعباد ، ومثالها : إلزام الأولياء بترويج الأيامي ، إذا تقدم لهم أكفأهن ، وإلزام المطلقات من النساء بأحكام العدة . ويكلف المحتسب أرباب البهائم بإطعامها ، وألا يستعملوها فيما لا تطبيق ، ويعزر تأديبا لكل من نفى ولدا ، قد ثبت فرائش أمه ، ولحقوق نسبه ، كما يأمر من أخذ لقيطا ، وقصر في كفالته ، أن يقوم بحقوق التقاطه ، من التزام كفالته ، أو تسليمه إلى من يلتزمها ، ويقوم بها ^(١) .

يقوم المحتسب بالنهاى عن المنكر ، وقد يتعلق ذلك بحقوق الله - سبحانه ، وتعالى - الخاصة :

يقوم المحتسب بالنهاى عن المنكر ^(٢) ، وقد يتعلق ذلك بحقوق الله - سبحانه ، وتعالى - الخاصة ، ومن هذه الحقوق ، ما يكون فى مجال العبادات ، ومن أمثلة مخالفة هذه الحقوق : عدم أداء الصلاة وفقا لأوضاعها الشرعية ، والإفطار فى رمضان ، والإمتناع عن إخراج الزكاة ، والتعرض بالناس بالمسألة فى غير حاجة ، فإن رأى المحتسب رجلا يتعرض لمسألة الناس فى طلب الصدقة ، وعلم أنه غنيا - إما بمال ، أو عمل - أنكره عليه ، وأدبه فيه . وتصدى الجهلاء للفتوى فى شئون الدين الإسلامى الحنيف ، فمن ابتدع قولاً خرق به الإجماع ، وخالف فيه النص ، ورد قوله علماء عصره ، أنكر عليه ، وزجره عنه . ومن أتى بتأويل عدل فيه عن ظاهر التنزيل إلى بدعة ، أو انتصر لقول مبتدع ، كان على المحتسب إنكار ذلك . كذلك ، ينكر المحتسب من يتصدى لتعليم علوم الشريعة الإسلامية الفراء ، وهو ليس أهل لها ، ولاحظ له فيها ، فيمنعه ، ويظهر أمره ، حتى لا يغتر به عوام الناس . كما يمنع المحتسب المحظورات - مثل مواقف الريبة - فيمنع الناس منها ، ويمنع المجاهرة بإظهار الخمر ، فإذا جاهر إنسان بإظهار الخمر ، فإن

^(١) أنظر : أحمد محمد مليجى موسى - المرجع السابق - ص ٣٤٣ .

^(٢) يجب أن يكون المنكر موجودا فى الحال . ومن ثم ، يخرج المنكر المفروغ منه ، والمنكر الذى سيجد فى المستقبل . كما يجب أن يكون المنكر ظاهرا للمحتسب ، بغير تحسس ، وأن يكون منكرا معلوما ، بلا اجتهاد ، أنظر : عبد الله محمد عبد الله - الحسبة فى الإسلام - الرسالة المشار إليها - ص ٢٨٨ ، وما بعدها .

كان مسلماً ، أراقها المحتسب ، وأدبه على ذلك ، وإن كان ذمياً ، أدبه ، لأن كل مصر من أمصار المسلمين لا ينبغي لمسلم ، ولا كافر أن يدخل فيه خمرًا ، ولا خنزيرًا ظاهرًا ^(١) . كما يمنع المحتسب الملاهي المحرمة ، فيؤذّب من يظهر آلات اللهو المحرمة ، ويمنع بيعها . كما يمنع المحتسب المعاملات المنكرة - كالربا ، والبيع الفاسد ، وتزويج المرأة في عدتها ، والغش في المبيعات ، وتدنيس الأثمان ، والتطفيف ، والبخس في المكاييل - فيؤذّب المحتسب كل من وجد يفعل ذلك ^(٢) .

يقوم المحتسب بالإنهى عن المنكر ، وقد يتعلّق ذلك بحقوق الآدميين الخاصة :

يقوم المحتسب بالإنهى عن المنكر ، وقد يتعلّق ذلك بحقوق الآدميين الخاصة ، ومثالها : أن يتعدى أحد الأفراد على حد لجاره ، أو حرمة داره ، أو أن يضع أجداع على جداره ، بدون إذنه . وفي هذا المجال ، يراقب المحتسب أهل المهن المختلفة ، والصناع ، حتى يجيدوا أعمالهم ، ويمنعهم عن الغش ^(٣) .

يقوم المحتسب بالإنهى عن المنكر ، وقد يتعلّق ذلك بالحقوق المشتركة بين الله - سبحانه ، وتعالى :

يقوم المحتسب بالإنهى عن المنكر ، وقد يتعلّق ذلك بالحقوق المشتركة بين الله - سبحانه ، وتعالى - والعباد ، فيتصدى المحتسب لهذا المنكر ، ومن ذلك : أن يمنع الإطلاع على منازل الغير . ويمنع التعرض لأهل الزمة بالسب ، والأذى . ويمنع أرباب الحيوانات من استعمالها فيما لا تطيق . ويمنع أصحاب السفن من الإسراف في تحميلها ، بما قد يؤدي إلى إغراقها ، ويمنعهم من السفر وقت اشتداد الريح ، لما قد يترتب على ذلك من مخاطر . ويشرف على الأسواق ، حتى لا تستعمل إلا فيما أعدت له من أغراض . ويمنع المحتسب أئمة المساجد من الإطالة في الصلاة ، مراعاة للضعفاء ، وكبار السن من المسلمين . ويشرف على الطرق العامة ، حتى لا تشغل ببناء ، أو منقولات تضر المارة ،

^(١) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - المرجع السابق - ص ٣٤٣ ، ٣٤٤ .

^(٢) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - المرجع السابق - ص ٣٤٤ .

^(٣) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - الإشارة المقدمة .

حيث تعوق السير فيها ، إلى غير ذلك من المنكرات التي تتعلق بالحقوق المشتركة بين الله - سبحانه ، وتعالى - والعباد (١) .

تتخصر الأعمال المسندة للمحتسب في الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وللمحتسب من السلطات مايمكنه من القيام بهذه الأعمال :

تتخصر الأعمال المسندة للمحتسب في الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وللمحتسب من السلطات مايمكنه من القيام بهذه الأعمال (٢) ، فله أن يعزر من ارتكب منكرا ظاهرا ، مما لا يدخل في الحدود . كما له أن يتخذ أعوانا ، ليكون أقدر على تنفيذ ماوكل إليه . وله أيضا أن يسمع الدعاوى المتعلقة بحقوق الأئمة ، فيما يكون منكرا ظاهرا ، وعدوانا بينا ، ويلزم المدعى عليه في هذه الدعاوى بأداء الحق ، إذا ثبت ذلك للمدعى (٣) . كما أن له البحث عن المنكرات الظاهرة ، لينكرها على مرتكبيها ، دون أن يتوقف ذلك على الرفع إليه (٤) .

يختلف نطاق ولاية الحسبة بما يتضمنه من أعمال ، وسلطات عن النطاق الموضوعي لولاية القضاء ، وإن كان هناك علاقة بين كل من النطاقين :

يختلف نطاق ولاية الحسبة بما يتضمنه من أعمال ، وسلطات عن النطاق الموضوعي لولاية القضاء ، وإن كان هناك علاقة بين كل من النطاقين (٥) ، إذ للمحتسب أن ينظر في الدعاوى المتعلقة بحقوق الأئمة ، والتي أوضحنها ، ومثالها : مايتعلق ببخس الثمن ، وتطفيف الكيل ، وبغش ، أو تدليس ، وبمطل في حق ، أو تأخير دين ، مع المقدرة على الوفاء ، وقد أجاز له التصدي لحسم هذه المنازعات ، لأنها تتعلق بمنكر ظاهر ، مما

(١) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - الإشارة المقدمة .

(٢) أنظر : شوكت عليان - السلطة القضائية في الإسلام - ص ٤٢١ ، أحمد محمد مليجي موسى - المرجع السابق - ص ٣٤٤ .

(٣) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - الإشارة المقدمة .

(٤) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - المرجع السابق - ص ٣٤٤ ، ٣٤٥ .

(٥) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - المرجع السابق - ص ٣٤٥ .

يختص بإزالته^(١) . فموضوع الحسبة هو إلزام الحقوق ، والمعونة على استيفائها . كما أن للمحتسب في هذه الدعاوى أن يلزم المدعى عليه بالوفاء مما عليه من حقوق ، متى ثبتت تلك الحقوق باعتراف ، وإقرار ، وكان في وسعه الوفاء بها ، لأن في تأخيرها لها منكرًا هو منصوبًا لإزالته^(٢) .

ولكن هذه العلاقة لا تعنى أن للمحتسب سلطة الفصل في جميع الخصومات - مثله في ذلك مثل القاضي - فليس له أن يسمع سوى هذا النوع الوحيد من الدعاوى الذي سبق لنا ذكره ، وليس له سماع الدعاوى الخارجة عن ظواهر المنكرات في العقود ، والمعاملات ، وسائر الحقوق ، فذلك من اختصاص القضاء ، وهذا النوع الوحيد من الدعاوى التي للمحتسب سماعها يقتصر على الحقوق المعترف بها ، وأما مايتدخله التجادل ، والتناكر ، فلا يجوز له النظر فيه ، إذ ليس له سماع بيينة على إثبات الحق ، ولأن يحلف يمينا على نفي الحق ، فذلك من عمل القضاء^(٣) .

ومما يوضح إختلاف نطاق ولاية الحسبة عن النطاق الموضوعي لولاية القضاء ، أن للمحتسب القيام بأعماله التي سبق لنا إيضاها ، سواء مايتعلق منها بالأمر بالمعروف ، أو بالنهي عن المنكر ، دون حاجة إلى الرفع إليه من خصم مستعد ، وفي هذا يختلف بلاشك عن القضاء ، إذ لا بد من الرفع إليه من خصم مستعد . يضاف إلى ذلك أن عمل المحتسب يتسم بالغلظة ، والسلطة^(٤) .

(١) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - الإشارة المقدمة .

(٢) أنظر : أبي الحسن الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

(٣) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - الإشارة المقدمة .

(٤) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - الإشارة المقدمة .

وقد أشار الى ذلك العلامة الماوردي ، فقال : " الناظر في الحسبة من سلطة السلطنة ، واستطالة الحماية ، فليما يستعمل بالمنكرات مالمس للقضاة ، لأن الحسبة موضوعة للرعية ، فلا يكون خروج المحتسب إليها بالسلطة ، والغلظة تجوزا فيها ، ولاخرقا ، والقضاء موضوعا للمناصفة ، فهو بالأناة ، والوقار أحق ، وخروجه عنهما إلى سلطة الحسبة تجوزا ، وخرقا ، لأن موضوع كل واحد من المنصين يكون مختلفا ، فالتجاوز فيه خروجًا عن حده " ، أنظر : أبي الحسن الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ٢٢٩ .

ولاشك في اتساع نطاق ولاية الحسبة - حيث تتضمن الأمر بكل معروف ، والنهي عن كل منكر - عن النطاق الموضوعي لولاية القضاء ، والذي يقتصر بصفة أساسية على الفصل في الخصومات القضائية ^(١) .

(١) انظر : أحمد محمد مليجي موسى - المرجع السابق - ص ٣٤٦ .

المبحث العاشر

هل فى نظامنا الحاضر مايقوم مقام الحسبة ؟

وظيفة الحسبة الآن لايقوم بها وال خاص ، بل نرى أن من أعمالها مايقوم به فى مصر رجال الشرطة - ملاحظة الأسواق ، والطرق - ومنها مايقوم به النيابة الإدارية - مخالفات الموظفين ، وإهدالهم فى واجبههم - ومنها مايقوم به النيابة العامة - كالإعتداء على الأتفس ، والأموال - ومنها مايقوم به وزارة الصحة - مخالفات الصيدلة ، والأطباء ، والمطاعم ، والجزارين - ومنها مايقوم به وزارة التموين - كمراقبة الخبازين ، والأسعار ، ومنع الإحتكار - ومنها مايقوم به مصلحة الدمغة - كمراقبة الموازين ، والمكاييل ، والصاغة ^(١) - وعلى الجملة ، فإن ولاية الحسبة هى وظيفة إجتماعية ، لايمتغنى عنها مجتمع ، يرجو لنفسه الكمال ، والصالح .

(١) أنظر : بدرت نوال محمد بدير - أركان الحسبة - ص ٨٦ .

المبحث الحادى عشر

الخلاف الفقهي حول نطاق دعوى الحسبة قبل العمل بالقانون
الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات
مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية

تمهيد ، وتقسيم :

يقوم نظام الحسبة فى الشريعة الإسلامية الغراء على الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر ، لوجه الله - سبحانه ، وتعالى - ودفاعا عن المصلح العامة للمجتمع ، وليس تحقيقا لمصلحة شخصية لأحد من الأفراد ^(١) ، وقد نشب خلافا فى الفقه حول نطاق دعوى الحسبة فى القانون الوضعى المصرى ، وذلك قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية ، فاتجه جانب من الفقه إلى القول بأن دعوى الحسبة لاداعى لها فى القانون الوضعى المصرى ، إستنادا إلى أن نظام الحسبة يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية الغراء ، بينما تستمد قواعد المعاملات المالية فى القانون المدنى المصرى أحكامها من قواعد أخرى بعيدة عن الشريعة الإسلامية الغراء . على حين قصر جانب آخر من الفقه دعوى الحسبة فى نطاق المعاملات المدنية على مسائل الأحوال الشخصية وحدها ، دون مسائل المعاملات المالية ، بحجة أن تلك المسائل هى التى تخضع وحدها لقواعد الشريعة الإسلامية الغراء ، والتى استمدت الحسبة منها ، بحيث يوجد تلازما بين كل من تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، وبين السماح باقامة دعاوى حسبة متعلقة بتلك الأحكام . واتجه جانب آخر من الفقه إلى إجازة دعوى الحسبة بصفة عامة فى كل المسائل ، وفى كافة المجالات ، وذلك من أجل حماية قيم المجتمع ، ومثله العليا ، وحماية النظام العام ، والآداب . فالحسبة هى نظاما قد شرع للدفاع الاجتماعى عن النظام العام فى المجتمع ، وذلك فى مواجهة جميع أفراد - سواء أكانوا من رجال الإدارة ، أم من الأفراد العاديين - ومن ثم ، فهو يطبق بالنسبة لكافة أوجه النشاط الإنسانى ، سواء أكان

(١) أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٦ .

فى ميدان الإدارة ، أو ميدان الأحوال الشخصية ، أو ميدان المعاملات المالية ، فلاجبه لتخصيص نظام الحسبة بمسائل الأحوال الشخصية وحدها^(١) .
وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب متتالية ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول : إتجاه جانب من الفقه قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية إلى القول بأن دعوى الحسبة لاداعى لها .

المطلب الثانى : قصر جانب من الفقه قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية دعوى الحسبة التى تقام من الأفراد - فى نطاق المعاملات المدنية - على مسائل الأحوال الشخصية وحدها - دون مسائل المعاملات المالية .

والمطلب الثالث : إتجاه جانب من الفقه قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية إلى إجازة دعوى الحسبة بصفة عامة فى كل المسائل ، وفى كافة المجالات .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

١ - فى بيان الخلاف الفقهى حول نطاق دعوى الحسبة فى القانون الوضعى المصرى ، انظر : إبراهيم أمين النفاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٦ ، ١٥٧ .

المطلب الأول

إتجاه جانب من الفقه قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى
رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى
الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية إلى القول بأن دعوى
الحسبة لاداعى لها

قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات
مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية ، إتجه جانب من الفقه إلى القول
بأن دعوى الحسبة لاداعى لها فى القانون الوضعى المصرى ، إستنادا إلى أن نظام
الحسبة يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية الغراء . بينما تستمد قواعد المعاملات
المالية فى القانون المدنى المصرى أحكامها من قواعد أخرى بعيدة عن الشريعة
الإسلامية الغراء (١) .

(١) أنظر : رمزى سيف - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية بند ٨٦ ، ص ١٢٢ ،
إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - الجزء الأول - بند ٧٠ ، ص ١٨٠ .

المطلب الثانى

قصر جانب من الفقه قبل العمل بالقانون الوضعى
المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة
دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية دعوى الحسبة
التي تقام من الأفراد ، فى نطاق المعاملات المدنية ، على
مسائل الأحوال الشخصية وحدها - دون مسائل المعاملات
المالية (١)

قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات
مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية ، إتجه جانب من الفقه نحو قصر
دعوى الحسبة فى نطاق المعاملات المدنية على مسائل الأحوال الشخصية وحدها ، دون
مسائل المعاملات المالية ، بحجة أن تلك المسائل هى التي تخضع وحدها لقواعد الشريعة
الإسلامية الغراء ، والتي استمدت الحسبة منها ، بحيث يوجد تلازما بين كل من تطبيق
أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، وبين السماح باقامة دعاوى حسبة متعلقة بتلك
الأحكام (٢) . إذ لما كان التشريع المصرى فى غالبه تشريعا وضعيا ، ولما كانت دعاوى
الحسبة مستمدة من الشريعة الإسلامية الغراء ، فإن المشرع الوضعى المصرى لم يبق
للأفراد إلا على دعاوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية ، والتي تخضع لأحكام

١ - فى بيان مدى تطبيق دعاوى الحسبة فى القانون المصرى ، قبل العمل بالقانون الوضعى
المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة - مسائل الأحوال
الشخصية ، أنظر : عبد الحكيم عباس قرن عكاشة - الصفة فى العمل الإجرائى فى قانون المرافعات
المصرى ، والفرنسى - ١٩٩٥ - بند ٢١٦ ، وما يليه ، ص ٢٦٥ ، وما بعدها .

(٢) أنظر : محمد حامد فهمى - المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٣٣٩ ، ص ٣٦٩ ، عبد المنعم
الشرقاوى - شرح المرافعات - بند ٤٧ ، ص ٨١ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية -
بند ١٠٩ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠٠ ، ص ٣٣٥ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون
القضاء المدنى - الطبعة الثانية - بند ٣٥ ، ص ٧٨ .

الشريعة الإسلامية الغراء ^(١) . فالحسبة بحسبانها مستمدة من الشريعة الإسلامية الغراء ، لايعمل بها في مصر إلا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، والتي تحكمها قواعد هذه الشريعة الغراء ، فلايستطيع الأشخاص الإدعاء حسبة إلا في هذه المسائل ^(٢) . فحيث أن دعوى الحسبة مستمدة من الشريعة الإسلامية الغراء ، فلايعمل بها في مصر إلا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، والتي تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية الغراء ^(٣) . فالحسبة لايعرفها القانون الوضعي المصري ، والذي يشترط في رفع كل دعوى قضائية وجود مصلحة ^(٤) ، وحتى يمكن رفع دعوى الحسبة فعلا ، فإنه يجب أن ينص القانون الوضعي المصري على ذلك - باعتبارها إستثناء من شرط المصلحة الشخصية المباشرة - لأنه في حالة عدم ورود نص قانوني وضعي خاص بجيز رفعها ، فإن قانون المرافعات المصري لايجيز رفعها ، لأنه لايجوز رفع الدعوى القضائية من غير ذي صفة ، أي ممن لايتوافر فيه شرط المصلحة الشخصية المباشرة . ولكن بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، فإنه يجوز رفع دعاوى حسبة بشأنها ، دون حاجة لنص في القانون الوضعي المصري ، لأن قواعد الأحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الإسلامية الغراء . فمسائل الأحوال الشخصية تحكمها الشريعة الإسلامية الغراء ، والتي تجيز رفع دعاوى الحسبة .

^(١) أنظر : أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٨٨ - بند ١٠١ ، ص ١٧١ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠٧ ، ص ٣٣١ ، وجدي راغب فهمي - مبادئ الخصومة - ص ١٥٣ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٨٤ ، فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ص ٣٥ ، ص ٨٧ ، عبد الحكيم عباس قرني عكاشة - الصفة في العمل الإحادي في قانون المرافعات المصري ، والفرنسي - ١٩٩٥ - بند ٢١٦ ص ٢٦٥ ، أحمد هندي - قانون المرافعات - بند ٦٣ (د) ، ص ٥٠٦ .

^(٢) أنظر : عبد الحكيم عباس قرني عكاشة - الإشارة المقدمة .

^(٣) أنظر : أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠٠ ، ص ٣٣٥ ، فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ١٩٨٧ - بند ٣٣ ، ص ٦٣ ، عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصري - بند ٥١٣ ، ص ٥٢٨ .

^(٤) أنظر : حكم محكمة المستط الجزئية - الصادر بجلسته ١٩٣٢/١/٢ - مرجع القضاء - الجزء الثالث - ص ١٩١٤ .

فالشرعية الإسلامية تعرف دعاوى تسمى بدعاوى الحسبة ، وهي دعاوى لا يكون لرفعها مصلحة شخصية ، أو مباشرة ، وإنما هو يرفعها إحتساباً لوجه الله - سبحانه ، وتعالى - وابتغاء الثواب منه ، وأساسها ، النهى عن المنكر ، وإزالة من الجائز رفع مثل هذه الدعاوى ، وهي استثناء من شرط المصلحة الشخصية المباشرة .

إنتقاد الرأى الذى قصر دعاوى الحسبة التى تقام من الأفراد فى المجتمع المصرى - قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية - على مسائل الأحوال الشخصية وحدها ، دون مسائل المعاملات المالية :

إنتقد الرأى الذى قصر دعاوى الحسبة التى تقام من الأفراد فى المجتمع المصرى - قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية - على مسائل الأحوال الشخصية وحدها ، دون مسائل المعاملات المالية ، على أساس أنه قد أجرى تخصيصاً دون مخصص ، لأنه لا يوجد أى فارق بين مسائل المعاملات المالية ، وبين مسائل الأحوال الشخصية ، أو غيرهما من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، فى إقامة دعاوى الحسبة بصدها ^(١) ، ولا ينعكس خطأ هذا الرأى أن معظم أحكام الأحوال الشخصية تتعلق بحقوق الله - سبحانه ، وتعالى - فى لغة الأصوليين ، أو بالنظام العام - فى لغة الفقه المعاصر - وذلك بخلاف معظم أحكام المعاملات المالية ، حيث تتعلق بحقوق العباد - فى لغة الأصوليين - أو الحقوق الخاصة - فى لغة الفقه العاصر - وبالتالي ، يكون مجال دعاوى الحسبة بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية أكثر منه بالنسبة لمسائل المعاملات المالية ، لأن هذا لا ينفى وجود أحكاماً للمعاملات المالية ترتبط بالنظام العام ، تزايدت بتزايد تطبيق الفلسفة الاجتماعية ، وانحصار الفلسفة الفردية للقانون الوضعى . وبالتالي ، تكون مجالاً لإقامة دعاوى حسبة من الأفراد بصدها ، مثل الفوائد الربوية ، والتدبى على الطرق العامة ، وممتلكات الدولة ^(٢) .

(١) أنظر : حسن الليدى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١١٨ ، ص ١٥٨ .

(٢) أنظر : حسن الليدى - الإشارة المتقدمة .

يضاف الى ذلك ، أن نص المادة الثانية من الدستور المصرى الدائم بأن الشريعة الإسلامية الغراء هي المصدر الرئيسى للتشريع يكشف عن أنه لامل للفرقة بين كل من مسائل الأحوال الشخصية ، والمعاملات المالية ، بالنسبة لدعاوى الحسبة ، لاتجاه نية المشرع الوضعى المصرى إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء فى سائر المجالات . فالمشرع الذى يشرع ، ويريد غاية ما ، فإنه يشرع ، ويريد وسائلها فى نفس الوقت ، والدعاوى القضائية هي وسائل لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، وتحقيق مايريد المشرع الوضعى (١) .

واقضاء مسائل المعاملات المالية من نطاق الإحتساب لايجد له سندا من واقع التاريخ ، أو من واقع النظم القانونية المختلفة المذاهب ، والاتجاهات ، لأن المنكر كما يحدث فى نطاق الجرائم ، يحدث كذلك فى نطاق كل من الأحوال الشخصية ، والمعاملات المالية ، لأن العبرة بالحق الذى يحتسب من أجله ، فإذا كان حقا لله - سبحانه وتعالى - أو غلب فيه حق الله - تبارك ، وتعالى - كان محلا للإحتساب ، وبصرف النظر عن الفرع الذى يوجد فيه هذا الحق ، فالقواعد المانعة من الربا ، أوضح برهان على ذلك (٢) .

وبخلاف حق الأشخاص فى رفع دعاوى الحسبة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية ، فقد أصبحت النيابة العامة فى التشريع الوضعى المصرى مكلفة برفع دعاوى الحسبة ، فهذه الدعاوى القضائية تتعلق بمصلحة المجتمع ، والنيابة العامة فى مصر هي المنوطة بطلب حماية هذه المصلحة (٣) ، وحق النيابة العامة فى رفع دعوى الحسبة لا يقتصر على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وإنما يمتد ليشمل المسائل المدنية ، والتجارية ، والتي تهم المصلحة العامة فى المجتمع المصرى - وذلك بطبيعة الحال قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية (٤) .

(١) أنظر : حسن الليلى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١١٨ ، ص ١٥٨ ، ١٥٩ .

(٢) أنظر : حسن الليلى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ٤١ ، ص ٥١ .

(٣) أنظر : عبد الحكيم عباس قرني عكاشة - الصفة فى العمل الإجرائى فى قانون المرافعات المصرى ، والفرنسى - ١٩٩٥ - بند ٢١٨ ، ص ٢٦٦ .

(٤) أنظر : أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٨٨ - بند ١٠٢ ، ص ١٧١ ، عبد الحكيم عباس قرني عكاشة - المرجع السابق - بند ٢١٨ ، ص ٢٦٧ .

فدعوى الحسبة بناء يرتبط وجودها بظهور ترك المعروف ، وظهور فعل المنكر ، كما أنها تراقب النشاط الإنساني ، سواء تعلق هذا النشاط بأمور الحكم ، أو الإدارة ، أو الجرائم ، أو الأحوال الشخصية ، أو المعاملات المالية ، مادام أن هذا النشاط يمس حقا من حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - أو حقا مشتركا ، غلب فيه حق الله - سبحانه ، وتعالى ^(١) .

(١) أنظر : عبد الحكيم عباس قرني عكاشة - المرجع السابق - بند ٢١٢ ، ص ٢٥٩ .

والمطلب الثالث

قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية إتجه جانب من الفقه إلى إجازة دعوى الحسبة بصفة عامة فى كل المسائل ، وفى كافة المجالات

قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية ، إتجه جانب من الفقه إلى إجازة دعوى الحسبة بصفة عامة فى كل المسائل ، وفى كافة المجالات ، وذلك من أجل حماية قيم المجتمع ، ومثله العليا ، وحماية النظام العام ، والآداب ^(١) . فقد وردت الحسبة - كنظام دينى - فى جميع الشرائع السماوية ، وانتقلت منها إلى النظم الوضعية ^(٢) ، وهى نظاما مشتركا وجد فى جميع المجتمعات الإنسانية ، حتى فى مجتمعات البدو ، لأنه لازما لبقاء تلك المجتمعات ، بدفع المنكرات التى تهدد كيانها . ولذا ، فلم يؤد الاختلاف حول مايعتبر معروفا ، ومايعتبر منكرا من مجتمع إلى آخر إلى الخلاف حول وجوب دفع المنكر ، بتقرير نظام الحسبة تحت اسم ، أو آخر ، فى كل منها . كما أن الحسبة هى نظاما قد شرع للدفاع الاجتماعى عن النظام العام فى المجتمع ، وذلك فى مواجهة جميع أفراد - سواء أكانوا من رجال الإدارة ، أم من الأفراد العاديين - ومن ثم ، فهو يطبق بالنسبة لكافة أوجه النشاط الإنسانى - سواء أكان فى ميدان الإدارة ، أو ميدان الأحوال الشخصية ، أو ميدان المعاملات المالية ، فلاقجه لتخصيص نظام الحسبة بمسائل الأحوال الشخصية وحدها .

(١) أنظر : أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ١٨٠ .

(٢) أنظر : عبد الحكيم عباس قرنى عكاشة - الصفة فى العمل الإجرائى فى قانون المرافعات المصرى ، والفرنسى - ١٩٩٥ - بند ٢١١ ، ص ٢٥٨ .

المبحث الثاني عشر

أمثلة لماتقبل فيه دعوى الحسبة

من أمثلة ماتقبل فيه دعوى الحسبة ، مايلي ^(١) :

المثال الأول - دعوى التفريق بين زوجين ، يمنع الدين الإسلامى الحنيف من زواجهما ^(٢) :

كما لو كانت بينهما قرابة محرمة ، أو كما لو كان الزوج أخا لزوجته فى الرضاع ، أو كان الزوج مسيحيا ، والزوجة مسلمة ^(٣) ، أو أن يتم تزويج المرأة دون رضاها ، أو أن

^(١) فى عرض أمثلة لما تقبل فيه دعوى الحسبة ، أنظر : على قراعة - الأصول القضائية - ص ١٨٥ ، عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ - الرسالة المشار إليها - بند ٣٥٤ ، ص ٣٧٦ ، ٣٧٧ .

^(٢) أنظر : أحمد هندى - قانون المرافعات - بند ٦٣ (د) ، ص ٥٠٥ ، أمينة مصطفى النمر - الدعوى ، وإجراءاتها - بند ٣٣ ، ص ٧٩ .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٦/٣/٣٠ - السنة (١٧) - ص ٧٨٢ ، مشار لهذا الحكم لدى : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٣٣ ، ص ٦٣ .

^(٣) أنظر : فتحى والى - الإشارة المتقدمة .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٦/٣/٣٠ - مجموعة النقض - ١٧ - ٧٨٢ ، حكم محكمة جرجا الابتدائية - جلسة ١٩٢٧/١١/٢٦ - ١٧٩٥ / ٢٦ ، وجاء فى هذا الحكم الأخير : " ومن حيث أن هذه الدعوى من دعاوى الحسبة " طلب التفريق بين الزوجين ، والأمر بالكف عن المعاشرة معاشرة زوجية - قبل أن يحلل المدعى عليها الثانية للمدعى عليه الأول غيره " ، لأن الحسبة إنما من الإحتساب ، وهو الأجر ، والثواب عند الله - سبحانه ، وتعالى - وهى إنما تكون فى حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - وهى الحقوق التى يعود نفعها على الناس كافة ، لاعلى أشخاص بأعيانهم ، وهذه الدعوى القضائية منها ، لأن حل مباشرة المرأة ، وحرمتها من حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - الواجب على كل مسلم اخفاضة عليها ، والدفاع عنها ، فتسمع فيها الدعوى ، والشهادة حسبة من أى إنسان ، ويكون المدعى فيها مدعيا ، وشاهدا بما يدعيه ، فكان قائما بالحقوق من جهة الوجوب ، وشاهدا من جهة تحصيل ذلك . نص على ذلك فى كثير من الكتب المعتمدة ، والى منها : كتاب الوقف ، والشهادة من النور المختار ، والتكملة . ومن حيث أن المدعى قرر أنه يدعى ، ويشهد حسبة الله - سبحانه ، وتعالى - بما ذكر ، فهو ذا شأن فى الخصومة القضائية ، وتتوجه منه على المدعى عليهما ، لأن الخصومة القضائية فى

يتزوج الشخص من أخته في الرضاع ، أو التزوج بأختين في وقت واحد ^(١) . فمن رأى رجلا يعيش مع امرأة عيشة الأزواج ، مع أنها لاتحل له ، لبطلان زواجهما ، وجب عليه أن يرفع الأمر إلى القاضي العام في الدولة ، ويشهد عنده بما رأى ^(٢) .

المثال الثاني - الدعوى بإثبات طلاق الزوجة من زوجها طلاقاً بائناً :

لما يترتب على إثبات الطلاق البائن من تحريم معيشة الزوجين .

المثال الثالث : الدعوى بطلب الحجر على شخص ، لنفسه ، وغيره .

المثال الرابع : الدعوى بطلب تعيين قيم على شخص ^(٣) .

المثال الخامس : الدعوى بطلب عزل ناظر على وقف الفقراء " وفقاً خيراً " ^(٤) .

المثال السادس : الدعوى بطلب ثبوت نسب الصغير ^(٥) .

هذه الحالة فرض كفاية على كل مسلم قادر ، وفرض عين على المسلم القادر الذي لم يقم به غيره " ، مشاراً لهذا الحكم لدى : أحمد نصر الجندی - مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية - ١٩٨٦ - ص ٥٣١ ، هشام الطويل - الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات - ص ٩٩ .

^(١) أنظر : أحمد مسلم - أصول المرافعات - ص ٣٣١ ، أحمد هندي - قانون المرافعات - بند ٦٣ (٢) ص ٥٠٦ .

^(٢) أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - أصول التقاضى ، وأجراءاته - ص ١٥٤ .

^(٣) أنظر : فتحي والى - الوسيط في قانون القضاء المدني - ١٩٨٧ - بند ٣٣ ، ص ٦٣ ، أحمد هندي - قانون المرافعات - بند ٦٣ (٢) ، ص ٥٠٦ .

وانظر أيضاً : حكم محكمة استئناف الإسكندرية " الدائرة الحسبية " - جلسة ١٩٤٩/٢/٢٨ - إخمamah المصرية - ٣٠ - ١٧٤ - ١٦٣ ، نقض مدني مصري - جلسة ١٩٨٣/٦/٣٠ - في الطعن رقم (٢٠٥١) - لسنة (٥١) ق ، مشاراً لهذا الحكم لدى : فتحي والى - الإشارة المتقدمة .

^(٤) أنظر : عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصري - بند ٥١٣ ، ص ٥٢٧ .

^(٥) أنظر : فتحي والى - الإشارة المتقدمة ، عبد الحكيم عباس قرني عكاشة - الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصري ، والفرنسي - ١٩٩٥ - بند ٢١٦ ، ص ٢٦٥ ، أحمد هندي - الإشارة المتقدمة .

وانظر أيضاً : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١ - مجموعة النقض - ٢٦ - ١٧٨٦ ، وجاء فيه أنه : " لئن كان ثبوت النسب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يتعلق بحق الأم ، وبحق

المثال السابع : الدعوى بطلب بطلان زواج الأخ بالأخت من الرضاع ، سواء كان يعلم ، أم لا (١) .

المثال الثامن : الدعوى القضائية في حالة استمرار المعاشرة بين الرجل ، والمرأة ، رغم الطلاق للمرة الثالثة (٢) .

المثال التاسع - الدعوى بطلب إثبات طلاق المرأة الحرة ، أو الأمة طلاقاً باتناً : أما إذا كان طلاق المرأة رجعياً ، فلا تقبل دعوى الحسية ، لأنه لا تنكر معيشة الزوجين بعد الطلاق الرجعي ، فيها يكون الزوج قد راجع زوجته (٣) .

المثال العاشر : الدعوى بطلب إثبات الخلع " ويسقط عن الزوج المهر " (٤) .

المثال الحادي عشر : الدعوى بطلب إثبات الإيلاء ، الظهار ، والمصاهرة (٥) ، وإثبات جميع الحدود - غير حد القذف ، والسرقه :

لأن هاتين الجريمتين تتناولان حقوقاً ذاتية للمجنى عليه . فالقذف ينال من شرف المقذوف في حقه ، وكرامته ، فله وحده الدفاع عنه . وكذلك ، جريمة السرقة تقع على مال مملوك للمجنى عليه ، فله وحده أن يطالب به ، ويطلب بعقاب من اختلصه (٦) .

الصغير ، وبحق الله - سبحانه ، وتعالى - ولا تملك الأم إسقاط حق وليدها في هذا المجال ، فإن الدعوى التي ترفعها الأم ، أو الغير بطلب ثبوت نسب الصغير يعتبر الأخير مائلاً فيها ، وإن لم يظهر في الخصومة القضائية باسمه ، لنيابة مفترضة في جانب رافعها ، لما ينطوي عليه من حق للخالق - سبحانه ، وتعالى - يصح أن ترفع به دعوى حسبة " ، مشاراً لهذا الحكم لدى : فضي والي ، عبد الحكيم عباس قرني عكاشة - الإشارة المقدمة ، معوض عبد النواب - المرجع في التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الأولى - سنة ٢٠٠٠ - ص ١٦٢ .

(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الدعوى ، وإجراءاتها - بند ٣٣ ، ص ٧٩ .

(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المقدمة .

(٣) أنظر : علي قراعة - الأصول القضائية - بند ٣٥٤ ، ص ٣٧٦ .

(٤) أنظر : عبد المنعم الشرفاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ - الرسالة المشار إليها - بند ٣٥٤ ، ص ٣٧٦ .

(٥) أنظر : عبد المنعم الشرفاوي - الإشارة المقدمة .

المثال الثاني عشر : تقبل دعوى الحسبة في النكاح ، وفي عتق الأمة ، وفي تدبيرها لإثبات هلال رمضان (١) .

المثال الثالث عشر - تقبل دعوى الحسبة كذلك على النسب :

لأنه يتضمن حرمان كلها لله - سبحانه ، وتعالى - وهي حرمة الزوج ، وحرمة الأمومة ، وحرمة الأبوة (٢) .

المثال الرابع عشر : تقبل دعوى الحسبة على الوقف على الفقراء ، أو على المساجد .

والمثال الخامس عشر : تقبل دعوى الحسبة على الرضاع ، وعلى جرح الشاهد (٣) ، وغير ذلك (٤) .

إذا كان الأصل أن دعوى الحسبة واجبة على كل مسلم ، فإنها لا تجب أصلاً إذا كان الحق المراد إثباته بالشهادة حداً من الحدود - كالزنا (٥) :

ففى هذه الحالة ، يكون الشاهد مخيراً بين أن يشهد ، أو لا يشهد ، بل وترك الشهادة أفضل ، تحصيلاً للستر ، فقد قال رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم - " من ستر ستر " . صدق رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم .

(١) أنظر : عبد المنعم الشرفاوى - الإشارة المقدمة .

(٢) أنظر : عبد المنعم الشرفاوى - الإشارة المقدمة .

(٣) أنظر : عبد المنعم الشرفاوى - الإشارة المقدمة .

(٤) أنظر : عبد المنعم الشرفاوى - الإشارة المقدمة .

(٥) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٨٣ ، ٨٤ .

(٥) أنظر : عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ - الرسالة المشار إليها - بند ٣٥٥ ص ٣٧٨ .

تكون التطبيقات التي تتضمنها مجاميع الأحكام القضائية لدعوى الحسبة قليلة ، وهى لم تعرض - عملا - أمام المحاكم الشرعية فى القانون الوضعى المصرى إلا فى مسائل النكاح ، والوقف :

تكون التطبيقات التي تتضمنها مجاميع الأحكام القضائية لدعوى الحسبة قليلة ، وهى لم تعرض - عملا - أمام المحاكم الشرعية فى القانون الوضعى المصرى إلا فى مسائل النكاح ، والوقف ، ونورد منها حكما قضائيا صادرا من محكمة الزقازيق الشرعية فى الثامن عشر من شهر أبريل سنة ١٩٣٤ (١) ، جاء فيه " الدعوى حسبة هى التى تكون بحق الله - سبحانه ، وتعالى - فقط ، ولا يطلب المدعى لنفسه شيئا فيها ، فتسمع من كل مدع ولو كان من تعلق حقه بذلك ينكرها ، كدعوى شخص أنه أعتق أمة ، أو على رجل أنه طلق امرأته ، ولو كذبه فى ذلك صاحب الحق - كالأمة ، أو المرأة - والدعوى التى تشتمل على حق الله - سبحانه ، وتعالى - وحق العبد لا تكون مما يدعى حسبة ، فليس من حق كل شخص أن يدعيها ، كدعوى وارث للمطالبة بحقه فى الإرث ، وهى تتعلق بحق العبد فقط ، أو كدعوى المطلق إعتداد المطلقة فى مسكن الزوجية ، وهى تتعلق بحق العبد ، وحق الله - سبحانه ، وتعالى " .

كما قضت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها بأنه : " وحيث أن الطاعنين ينعان فى السبب الرابع فى الحكم القضائى المطعون فيه القصور ، وفى بيان ذلك يقولان أنهما تمسكا لدى محكمة الاستئناف بأن سند تملك المطعون ضدهما لايشمل أرض النزاع ، ونسما بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة ، ذلك أن الدولة هى صاحبة الصفة فى الذود عن الأرض المخصصة للمنفعة العامة ، وليس المطعون ضدهما ، وإذا أغفل الحكم القضائى المطعون فيه هذا الدفاع ، إيرادا ، وردا ، يكون معيبا بالقصور . وحيث أن هذا التعى مردودا ، ذلك أنه لما كان الحكم القضائى المطعون فيه قد خلص إلى أن أرض النزاع ليست مملوكة للمطعون ضدهما ، بما يتفق ، ودفاع الطاعنين فى هذا الخصوص ، ويغنى عن إيراده ، وكان ماخلص إليه الحكم القضائى المطعون فيه من أن أرض النزاع مخصصة للمنفعة العامة ، يتيح للكافة حق الإنتفاع بها ، فيما خصصت له

(١) أنظر : احماسه الشرعية - السنة الخامسة - ص ٧٢٤٩ ، مشارا لهذا الحكم كذلك لدى : عبد المسعم الشرفاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ - الرسالة المشار اليها - بند ٣٥٩ ، ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ .

، باعتبارها مالا عاما ، والذود عن هذا الحق ، فإن الدفع بعدم القبول يكون ظاهر الفساد ، ولا يعيب الحكم القضائي المطعون فيه إغفاله الرد عليه " (١) .

وقضت أيضا بأنه : " دعوى الحسبة ، لا تقبل شرعا إلا فيما هو حق لله - سبحانه ، وتعالى - أو فيما كان حق الله - سبحانه ، وتعالى - فيه غالبا ، باعتبار أن هذه الحقوق هي مما يجب على كل مسلم المحافظة عليها ، والدفاع عنها ، فمن رأى معروفا ظهر تركه ، أو منكرا ظهر فعله ، وجب عليه أن يتقدم إلى القاضي بالدعوى القضائية ، أو يستعد المحتسب ، أو والي المظالم ، ليقوم الدعوى ، لما كان ذلك ، وكانت الدعوى القضائية الماثلة قد أقيمت ممن يدعى حقا في تركه المتوفاة . . . واختصم فيها بيت مال المسلمين ، باعتبار أن المذكورة توفيت من غير وارث ، وهو ادعاء لا ينطوي على مساس بحق من حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - أو بحق يقبض فيه حق الله - سبحانه ، وتعالى - إذ لا ترك فيه لمعروف ، أو فعل لمنكر ، فإنه لا على الحكم القضائي المطعون فيه إذا رفض قبول تدخل الطاعن في هذه الدعوى القضائية " (٢) .

ومما قضت به في هذا الصدد محاكم الموضوع (٣) :

" وحيث أنه من المقرر أن للنيابة العامة أن ترفع دعوى الحسبة ابتداء ، كلما اقتضى الأمر دفاعا عن مصالح المجتمع ، وهذا الحق مستندا من قواعد الشريعة الإسلامية الغراء ، والتي تحكم المجتمع بصفة عامة ، وهو مجتمع دينه الإسلام ، ومصدر التشريع فيه هو الشريعة الإسلامية الغراء ، طبقا لما نصت عليه المادة الثانية من الدستور المصري الدائم . بالإضافة إلى أن الشريعة الإسلامية الغراء هي المعنونة بأحكامها بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية ، طبقا لما نصت عليه المادة السادسة من القانون الوضعي المصري رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ ، والمادة (٢٨٠) من المرسوم بقانون رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١ . كما أنه إذا ما كان القانون الوضعي

(١) أنظر : نقض مدين مصري - جلسة ١٩٨٣/١٢/١ - الطعن رقم (٥) - لسنة (٤٨) ق .

(٢) أنظر : نقض مدين مصري " أحوال شخصية " - جلسة ١٩/١٢/١٠ - في الطعن رقم (٢٤) - لسنة (٥٠) ق - ٨١ - س (٣٢) - مع في مدين - ص ٢٢ ، مشارا لهذا الحكم لدى : معوض عبد الوهاب - المرجع في التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الأولى - سنة ٢٠٠٠ - ص ١٦٣ .

(٣) أنظر : الأحكام القضائية المشار إليها لدى : هشام الطويل - الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات - ص ٩٩ ، ١٠٠ .

المصرى رقم (٦٢٨) لسنة ١٩٥٥ قد أوجب على النيابة العامة أن تتدخل في دعوى الحسبة ، إذا أقيمت من غيرها ، كما أجازت لها المادة (٨٦) من قانون المرافعات المصرى أن تطعن في الحكم القضائي الصادر فيها ، إذا خالف قاعدة من قواعد النظام العام ، فإن ذلك ينبى بوضوح عن رغبة المشرع الوضعى المصرى فى أن يمتد تمثيل النيابة العامة فى مصر للمجتمع المصرى إلى الدعوى المدنية بنوعيتها ، كلما اتصلت بمصالحه ، دفاعا عن النظام العام ، والآداب فيه .

وحيث أنه لما كان ماتقدم ، وكانت النيابة العامة فى مصر قد أقامت هذه الدعوى القضائية حسبة ، للتفريق بين المدعى عليها الأولى ، والمدعى عليه الثانى ، والذي تزوجها بالوثيقة رقم . . . على يد مأذون ناحية . . . ؟ ، رغم أنها زوجة للمدعى عليه الرابع ، وقدمت النيابة العامة دليلا على ذلك ، صورة من تحقيقات الجناية رقم . . . وحيث أن المحكمة تطلعن إلى دلالة البيئة المستقاة من تحقيقات الجناية سالفه الذكر ، والتي أبانت عن واقعات زواج المدعى عليها الأولى بالمدعى عليه الثانى ، ورغم علمها بأنها زوجة للمدعى عليه الرابع ، كما أبانت عن واقعة دخول المدعى عليه الثانى بالمدعى عليها الأولى ، بعد زواجه بها ، وهى زوجة للغير . ومن ثم ، فهذا الزواج يكون حراما شرعا ، إذ أنه يكون زواجا باطلا ، ويكون لكل شخص رفع دعوى حسبة ، للتفريق بينهما ، ماداما لم يتفارقا . وحيث أنه لما كان ماتقدم ، تكون دعوى النيابة العامة بطلب الحكم القضائي ببطلان هذا الزواج ، والتفريق بين المدعى عليهما الأولى ، والثانى على سند صحيح من القانون ، والواقع ، وتجيئها المحكمة إلى ماطلبت ، وتقضى ببطلان هذا الزواج ، والتفريق بينهما ^(١) .

وإذا كانت محكمة النقض المصرية قد ذهبت فى حكمها القضائي الصادر بتاريخ (٣٠) مارس سنة ١٩٦٦ إلى قبول دعاوى الحسبة فى بعض منازعات الأحوال الشخصية ، إلا أنه وفى حكم قضائي لمحكمة الجيزة الابتدائية ، والصادر بتاريخ (٤) مارس سنة ١٩٩٤ ، وذلك فى القضية التى رفعها عدد من الأشخاص ، للتفريق بين الدكتور " نصر

(١) أنظر : حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية "أحوال شخصية " - جلسة ١٩٧٨/١/١٧ القضية رقم (٣٨١) - لسنة ١٩٧٧ ، مشارا لهذا الحكم لدى : هشام الطويل - الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات - ص ٩٩ ، ١٠٠ ، عبد الحكيم عباس فرى عكاشة - الصفة فى العمل الإجرائى فى قانون المرافعات المصرى ، والفرنسى - ١٩٩٥ - بند ٢١٨ ، ص ٢٦٧ .

أبو زيد " ، وبين زوجته الدكتورة " إيتال يونس " ، على أساس أنه ارتد عن الدين الإسلامي الحنيف ، لأنه نشر بعض الكتابات تند في نظرهم خروجاً عن الدين الإسلامي الحنيف ، بعد أن تم رفض ترقيته من اللجنة العلمية المختصة ، وهو ما عرف باسم قضية " أبو زيد شاهين " ، مستندين إلى أن دعوى الحسبة هي دعوى قضائية يجوز لأي شخص أن يرفعها ، بصرف النظر عما إذا كانت له مصلحة شخصية مباشرة فيها ، ولأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر " المادة (٢٨٠) " تحيل إلى أرجح الأقوال من مذهب الإمام / أبي حنيفة ، فيما لم يرد به نصاً ، والمذهب الحنفي يجيز رفع دعوى الحسبة . وكذلك ، الاستناد إلى حكم محكمة النقض المصرية ، والصادر بجلسة ١٩٦٦/٣/٣٠ ، ذهبت تلك المحكمة إلى مخالفة هذا القضاء ، لأن هذا القضاء يجب العدول عنه ، بعد صدور قانون المرافعات المصري الحالي رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، وصدور الدستور المصري الدائم سنة ١٩٧١ . فقد نص قانون المرافعات المصري الحالي صراحة في المادة الثالثة منه على أنه : " لا دعوى بلامصلحة " ، وهذا القانون الوضعي المصري هو الواجب التطبيق على منازعات الأحوال الشخصية ، بعد إلغاء المحاكم الشرعية في مصر .

فضلاً عن أن الدستور المصري الدائم عندما نص في مادته الثانية على أنه : " الشريعة الإسلامية الغراء هي المصدر الرئيسي للتشريع " ، فإن هذا الخطاب ليس موجهاً إلى القاضى العام في الدولة ، ليحكم به مباشرة ، وإنما هو موجهاً للمشرع الوضعي المصري ، ليصوغ تشريعاته وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية الغراء ، أما القاضى العام في الدولة ، فإنه يكون ملزماً بتطبيق التشريع ، دون نظر لما إذا كان مستمداً من الشريعة الإسلامية الغراء ، أم لا ؟ . ولذا ، أصدرت المحكمة حكمها بعدم قبول دعوى الحسبة .

المبحث الثالث عشر

دعوى الحسبة على ضوء القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية

تمهيد ، وتقسيم :

فى مجال الحسبة ، إبتدأ البعض يبحث عن القضايا التى تحدث ردود أفعال عالمية ، ومحلية واسعة ، ليس حبا فى الدين الإسلامى الحنيف ، ولا تنصرة له ، وإنما بهدف الإرهاب الفكرى ، والإقتصادى ، والإجتماعى :

تعرضت مصر فى تاريخها الحديث للعديد من المشاكل التى عاقت نموها ، وجعلتها حتى الآن فى موقف لاتحسد عليه من ناحية الإنطلاقة العلمية ، الإقتصادية ، والإجتماعية (١) . فحروب دورية مع إسرائيل سنوات ١٩٤٨ ، ١٩٥٦ ، ١٩٦٧ ، ١٩٧٣ ، إستنفذت أموالا ، وعتادا عظيما ، ومساعدات مالية ، وعسكرية لكافة الحركات الثورية ، وغيرها حتى نهاية الستينات ، وبداية السبعينيات ، فى غياب رؤيا عامة ، وتمثيل ديمقراطى سليم .

وبعد معاهدة السلام مع إسرائيل سنة ١٩٧٧ ، إنتظرت مصر أن تضع قدميها على طريق الإصلاح الإقتصادى ، والأحوال الإجتماعية ، ولكننا فوجئنا بحملة ضارية من تجار المخدرات المخلقة ، وغيرها ، من صنوف الفن المنحط ، وغيرها - أدب ، سينما ، مسرح ، وفكر .

وفى منتصف السبعينيات ، بدأت تيارات فكرية جديدة ، ذات جذور قديمة ، لم تؤاخذ بشكل سليم حتى الآن ، تنادى بمفاهيم جديدة للسلام ، وتفسيرات غير مألوفة له ، من أشخاص يشك كثيرا فى أهليتهم للفتوى ، وتمكن هؤلاء من استقطاب العديد من الشباب ، والذى لا يعلم من أمر دينه شيئا ، حيث عجز أهل الدين الإسلامى الحنيف أن يبعطوه

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الوسيط فى قانون المرافعات - ١٩٩٩ - الدار الجامعية للنشر بالأسكندرية - ص ٢٥١ .

مفهوما لهذا الشباب بأسلوب عصرى ، وتمسكوا بأسلوبهم التقليدى فى الشرح ، والتفسير (١) .

وخلال الثمانينات ، وحتى الآن ، وتوجد حالة مقاومة ضارية بين هذه الإتجاهات ، وبين السلطة الشرعية فى البلاد ، بعد كشف كل الحقائق المحيطة بهذه الجماعات ، وبعد اعطاء الفرصة لأعضائها فى الكلام فى أجهزة الإعلام المسموعة ، والمرئية ، وإشراك الشعب المصرى فى هذه الحملة ، بعد أن كان ينظر إليه ككم سلبى (٢) .

وأثناء كل ذلك ، وعلى الساحة القانونية ، لم يعد يوجد لهذه الإتجاهات مفكرين قانونيين يعملون بها ، وابتدأ البحث فى النصوص القانونية الوضعية القائمة ، وابتدأ العثور على الثغرات ، ثم بدأ فى استغلالها ، وتم هذا الإستغلال فى مجال النقابات المهنية ، حيث يشترط نسبة معينة من الحضور لصحة الإنتخابات المهنية ، فإذا لم تتوافر هذه النسبة ، يعاد الإجتماع ، ويكون الحضور صحيحا بأى عدد كان ، وكانت هذه الجماعات تحول دون انعقاد أول جلسة ، ثم فى ثانى جلسة يأتى أعضاء هذه الجماعات ، ويكتسحوا جميع المقاعد ، وتمت السيطرة على غالبية النقابات ، حتى اتحادات الطلبة ، وفطنت السلطة المصرية إلى ذلك متأخرا ، وعدلت القوانين الوضعية المصرية بما يعالج ذلك ، حيث كان الهدف الأكبر هو السيطرة على مجلس الشعب المصرى ، ومنه إلى السلطة (٣) .

وفى مجال الحسبة ، إبتدأ أنصار هذه الجماعات يبحثون عن القضايا التى تحدث ردود أفعال عالمية ، ومحلية واسعة ، ليس حيا فى الدين الإسلامى الحنيف ، ولانصرة له ، وإنما بهدف الإرهاب الفكرى ، والإقتصادى ، والإجتماعى ، وكان من هذه الجماعات فئة مهمتها البحث ، والتحرى فى مجال الأدب ، الفكر ، الصحافة ، والعلوم ، وتمكنوا من العثور على مؤلف لأستاذ جامعى فى المسائل الدينية ، ورفعوا دعوى حسبة ، متهمينه بالردة عن الدين الإسلامى الحنيف ، وحصلوا على حكم قضائى بات من محكمة النقض المصرية بذلك ، مؤيدة حكم محكمة الدرجة الثانية ، والذى قضى بأن مؤلف هذا المصنف يعتبر كافرا ، يجب أن يستتاب ، وإلا يقام عليه الحد (٤) ، وكتبت صحافة الدنيا ،

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الوسيط - ص ٢٥٢ .

(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - المرجع السابق - ص ٢٥٢ .

(٤) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الإشارة المتقدمة .

وإعلامها عن ذلك ، وتم تصوير الدين الإسلامى الحنيف بأنه عدوا للفكر ، والمفكرين . وبالذات ، حينما طبقت آثار إعتبار المحكوم عليه مرتدا ، من التفريق بين هذا المؤلف ، وزوجته ، ولنترك للتأمل كيف ينظر العالم المتحضر إلى عقيدة تفعل مثل ذلك ، ولكنه حكم الشريعة الإسلامية الغراء ، وهو من الناحية الفنية صحيحا (١) .

ثم ظهر أن أنصار هذا الاتجاه بصدد إعداد قائمة دعاوى قضائية ضد أعمدة حركة التنوير فى مصر ، من كبار الكتاب ، وعقل مصر ، وضميرها المعاصر ، وقال أنصار هذا الاتجاه أنهم بحثوا فى مؤلفات هؤلاء الكتاب ، ووجدوا رموزا تدل على إلحادهم ، وكفرهم ، وأن دعاوى حسبة سترفع ضدهم ، لإعلان إرتدادهم عن الدين الإسلامى الحنيف ، وكفرهم ، وللقارئ أن يتخيل كيف صعلوكا ليكفر نجيب محفوظ ، أو طه حسين مثلا (٢) . وعندئذ ، لم يعد الأمر موضع هزل ، وتحرك ضمير الأمة المصرية ، ممثلا فى المشرع الوضعى المصرى ، وبادر إلى نزع هذا السلاح من يد هذه الجماعات ، وتركها تحارب بسلاح ، وأسلحة أخرى ، ستجدها حتما ، طالما أن لمصر الحبيبة أعداء يريدونها فى مكانها ، بعيدا عن حركة التطور (٣) ، فصدر القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة (٤) ، وقد نصت المادة الأولى منه على أنه :

" تختص النيابة العامة وحدها دون غيرها برفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة " .

والمستأمل فى نصوص القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية ، يتضح له أن دعوى

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - المرجع السابق - ص ٢٥٢ ، ٢٥٣ .

(٢) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - المرجع السابق - ص ٢٥٣ .

(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الإشارة المقدمة .

وفى بيان أسباب تدخل المشرع الوضعى المصرى سنة ١٩٩٦ بإصدار قانون لمعالجة دعاوى الحسبة ، وتنظيم إجراءات مباشرتها ، أنظر : نبيل إسماعيل عمر - المرجع السابق - ص ٢٥١ ، ومابعدها .

٤ - وهذه هى المرة الأولى التى يقوم فيها المشرع الوضعى المصرى بتنظيم هذه الدعوى القضائية .

الحسبة مازالت معمولاً بها ، وإن نظم المشرع الوضعى المصرى هذه الدعوى القضائية ، ووضع ضوابطاً لها ، تضمنتها المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ، والتي جاء فيها : " أن أصل الحق فى الحسبة وإن كان مقرراً شرعاً ، باعتبارها وسيلة عامة ، لإقامة المصالح ، ودرء المفاسد ، إلا أن القواعد الإجرائية التى تنظم مباشرتها حقاً ، وعدلاً لاتصدر عن قاعدة كلية ، لاتقبل تأويلاً ، ولايمكن إرجاعها إلى نص قطعى ثبوتاً ، ودلالة . وبالتالي ، فليس ثمة مايمنع من أن يتناولها ولى الأمر بالتنظيم ، تحقيقاً لمصالح معتبرة شرعاً فى تقديره " (١) .

وتمهيداً للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب متتالية ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول : موقف القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية بشأن نطاق دعوى الحسبة .

المطلب الثانى : فكرة عامة عن مسائل الأحوال الشخصية *Les stauts personnels*

المطلب الثالث : الاختصاص برفع دعوى الحسبة ، على ضوء القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية " النيابة العامة هى صاحبة الصفة فى رفع دعوى الحسبة " .

المطلب الرابع : سلطات النيابة العامة إزاء دعوى الحسبة ، على ضوء القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية .

والمطلب الخامس : المحكمة المختصة بنظر دعوى الحسبة ، على ضوء القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

(١) أنظر : معوض عبد التواب - المرجع فى التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الأولى - سنة ٢٠٠٠ - ص ١٦٣ .

المطلب الأول

موقف القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية بشأن نطاق دعوى الحسبة (١)

صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة ، وهذه هى المرة الأولى التى يقوم فيها المشرع الوضعى المصرى بتنظيم هذه الدعوى القضائية (٢) . وقد إنحاز المشرع الوضعى للمصرى فى القانون الوضعى

١ - فى بيان موقف القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية من نطاق دعوى الحسبة ، أنظر : إبراهيم أمين النجاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٧ ، ومابعدها .

٢ - قبل صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية كان قضاء محكمة النقض المصرية مستقرا على أن دعوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية معمولاً بها ، ومن ذلك ما قضى به ، أنظر : موسى عبد التواب - المرجع فى التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الأولى - سنة ٢٠٠٠ - ص ١٦١ .

وتختلف النظم القانونية فى الوسائل التى تعتمد عليها للمحافظة على النظام العام فيها ، لكن الهدف يظل كما هو لا يتغير . وقد شهد القانون الوضعى المصرى تطبيقا لدعوى الحسبة لفترة طويلة من الزمن ، منذ الفتح الإسلامى لمصر ، وحتى وقت قريب ، حيث كان القاضى الشرعى يختص بالنظر فى جميع المسائل ، والمنازعات ، سواء منها ما يتعلق بالمعاملات ، أو الحدود ، أو الأحوال الشخصية ، أو المسائل العامة . ولكن منذ أن بدأت سلطة القضاء الشرعى فى الإنحسار ، مع الفتح العثمانى لمصر ، وماتلى ذلك من امتيازات منحت للأجانب ، كانت على حساب القضاء الشرعى ، ثم ماصاحب حركة الإصلاح القضائى ، يانشاء المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ ، واتى على أثرها تقلص اختصاص القضاء الشرعى فى مسائل الأحوال الشخصية ، والوقف ، فإن دور دعوى الحسبة المحسر هو الآخر فى إطار المسائل التى تدخلى فى اختصاص القضاء الشرعى ، لكن الأمر لم يستمر على هذا النحو ، إذ سرعان ما ألغى القضاء الشرعى ، ممثلا فيما كان يعرف بالمحاكم الشرعية فى مصر ، وذلك بالقانون الوضعى المصرى رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ ، حيث أسندت اختصاصاته إلى المحاكم المدنية . ومنذ هذا التاريخ والجدل لم ينقطع حول نطاق دعوى الحسبة فى القانون الوضعى المصرى ، وذلك بطبيعة الحال قبل صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية ، وانحياز المشرع

المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية للرأى القائل بحصر دعوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية ، سواء تعلقت بالحالة ، أو الأهلية ، المال ، النفس ، العقيدة ، الإرث ، النسب ، وجميع مسائل الأحوال الشخصية ، والتي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية الفراء (١) ، وقد عبرت عن هذا المعنى المادة الأولى من هذا القانون المشار إليه بقولها :

" تختص النيابة العامة وحدها دون غيرها برفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة " .

وهكذا ، فإن المشرع الوضعى المصرى يكون قد عبر عن إرادة صريحة فى حصر نطاق دعوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية ، بحيث لا يجوز رفع هذه الدعوى القضائية فى غير ذلك من المسائل ، ويعزز من هذا الفهم ، ما أورده المشرع الوضعى المصرى فى المادة (٣) من قانون المرافعات المصرى ، والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ " الفقرة الأولى " من عدم جواز قبول الدعوى فى القانون الوضعى المصرى إلا إستنادا لمصلحة شخصية مباشرة لرافعها ، سواء تعلق الأمر بأحكام قانون المرافعات المصرى ، أو أى قانون آخر ، لكن المادة (٣) من قانون المرافعات المصرى مكرر - والمضافة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ - قد استتنت من أحكام المادة (٣) من قانون المرافعات المصرى التى تستلزم توافر مصلحة شخصية مباشرة فى رافع الدعوى القضائية سلطة النيابة العامة فى مصر فى رفع الدعوى ، والتدخل فيها ، والطعن على أحكامها القضائية ، كما استتنت أيضا الحالات التى يجيز فيها القانون الوضعى المصرى رفع الدعوى ، أو الطعن ، أو التظلم من غير صاحب الحق فى رفعه ، حماية لمصلحة يقررها القانون الوضعى المصرى ، لكن يلزم فى مثل

الوضعى المصرى فيه للرأى القائل بحصر دعوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية ، والتي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية الفراء ، وقد عبرت عن هذا المعنى المادة الأولى من هذا القانون المشار إليه بقولها :

" تختص النيابة العامة وحدها دون غيرها برفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة " ، أنظر : إبراهيم أمين النقاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٦ ، ١٥٧ .

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الوسيط فى قانون المرافعات - ١٩٩٩ - الدار الجامعية للنشر بالأسكندرية - ص ٢٥٣ .

هذه الحالة توافر النص القانوني الذي يبرر رفع الدعوى القضائية من غير صاحب الصفة فيها (١) .

(١) أنظر : إبراهيم أمين النياوي - أصول التقاضي ، وإجراءاته - ص ١٥٨ .

المطلب الثاني

فكرة عامة عن مسائل الأحوال
Les statuts personnels الشخصية

تمهيد ، وتقسيم :

كان تحديد مسائل الأحوال الشخصية مثارا لخلاف شديد بين الشراح ، والمحاكم ، كما عانى من ذلك المشرع الوضعى المصرى :
كان تحديد مسائل الأحوال الشخصية مثارا لخلاف شديد بين الشراح ، والمحاكم ، كما عانى من ذلك المشرع الوضعى المصرى ، فلم يكن هذا الإصطلاح " الأحوال الشخصية " معروفا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء ، ولم يذكر المشرع الوضعى المصرى هذا الإصطلاح فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، عند بيانه لاختصاص تلك المحاكم ، وإنما استعمل عبارة " المواد الشرعية " .

يختلف تحديد المقصود بالأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى :

يختلف تحديد المقصود بالأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى ، فبعض الدول تضيق من نطاق مفهوم الأحوال الشخصية ، والبعض الآخر منها يوسع من نطاق مفهومها ^(١) . ففى فرنسا مثلا يدخل فى مدلول الأحوال الشخصية ، الحالة Etat ، والأهلية Capacite ، ولكن هذا الإصطلاح يكون له مدلولاً أوسع فى إيطاليا ، حيث يشمل إلى جانب الحالة ، الأهلية ، الموارىث ، الوصايا ، والهيئات ، إستنادا إلى ما بين نظام الإرث ، والروابط العائلية من وثيق الصلات . فالقانون الوضعى الفرنسى يجعل الموارىث من الأحوال العينية ، على خلاف القانون الوضعى الإيطالى ، الذى يجعلها من الأحوال الشخصية ^(٢) .

^(١) فى بيان العوامل التى تؤدى إلى اختلاف مفهوم الأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى ، أنظر : محمد كمال حمدى - الولاية على المال - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص ١٤٨ ، وما بعدها .

^(٢) أنظر : محمد كمال حمدى - الولاية على المال - المرجع السابق - ص ٢٥١ ، وما بعدها ، توفيق حسن فرج - الوجيز فى أحكام الأحوال الشخصية - ١٩٨٢ - مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية - فستحي حسن مصطفى - الأحوال الشخصية - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالإسكندرية ، محمد عزمى

أما النظام القانوني في مصر ، فقد فرق بين المعاملات المالية من ناحية ، وبين ما يسمى بالأحوال الشخصية ، وكانت هذه التفرقة مرتبطة بنظام الإمتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء في مصر ، وتعدد الشرائع الواجبة التطبيق على المصريين أنفسهم في جانب كبير من معاملاتهم ، وقد زالت الآن كل هذه الإعتبارات ، وأصبح من غير الممكن إستخدام إصطلاح الأحوال الشخصية في الأغراض التي نشأ من أجلها ، دون مخالفة للنظام القانوني في مجموعه ، وهي مخالفة يقع فيها المشرع الوضعي المصري في بعض الأحيان ^(١) .

وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المطلب إلى فرعين متاليين ، وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول - أولا : المحاولات القضائية في تحديد المقصود بالأحوال الشخصية .

والفرع الثاني - ثانيا : المحاولات التشريعية في تحديد المقصود بالأحوال الشخصية .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

البكرى - مسائل الأحوال الشخصية - ١٩٩١/١٩٩٠ - دار محمود للنشر والتوزيع بالقاهرة - أحمد نصر الجندى - الولاية على المال - ١٩٩٣ - المكتبة القانونية بالأسكندرية .

(١) أنظر : سمير عبد السيد تناغو - إصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الإمتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء - مقالة منشورة في مجلة الحقوق للبحوث القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - السنة الرابعة عشر - ١٩٦٩ - العددان الثالث ، والرابع - ص ١٧٤ ، أنور العمروسي - الأحوال الشخصية - ١٩٩٣ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ٩٣ ، وما بعدها .

وليس لنظام الأحوال الشخصية مقابلا في الشريعة الإسلامية الفراء ، أو في القانون الوضعي الفرنسي المقارن ، فإصطلاح المعاملات في الشريعة الإسلامية ينصرف الى الزواج ، كما ينصرف الى البيع ، والقانون المدني الفرنسي يضم قواعد الزواج ، والميراث ، الى جانب قواعد الإلتزامات ، والحقوق العينية .

الفرع الأول

أولا

المحاولات القضائية في تحديد

المقصود بالأحوال الشخصية

عرفت محكمة النقض المصرية الأحوال الشخصية في حكمها القضائي الصادر في الحادى ، والعشرين من شهر يونية سنة ١٩٣٤ ، حيث قررت فيه أنه : " المقصود بالأحوال الشخصية ، هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية ، أو العائلية ، والتي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الإجتماعية ، ككونه ذكرا ، أو أنثى ، وكونه زوجا ، أو أرمل ، أو مطلقا ، أو إيتنا شرعيا ، أو لها ، وكونه تام الأهلية ، أو ناقصها ، لصغر سن ، أو عته ، أو جنون ، وكونه مطلق الأهلية ، أو مقيد ، بسبب من أسبابها القانونية " (١) .

ويلاحظ على حكم محكمة النقض المصرية المتقدم ذكره تأثره في ذلك بتعريف الفقه في فرنسا للحالة ، حيث أنه لم يميز بطريقة ظاهرة بين الحالة ، والأهلية ، إذ اعتبر الأخيرة ضمن الأولى ، مع أنها في الواقع نتيجة لها (٢) . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية ، فالوقف ، والهبية ، والوصية ، والنفقات - على اختلاف أنواعها - ومناشئها من الأحوال العينية ، غير أن المشرع الوضعى المصرى وجد أن الوقف ، والهبية ، والوصية كلها من عقود التبرعات ، وتقوم غالبا على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة ، فالتجأ هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية ، كى يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية ، والتي ليس من نظامها النظر فى المسائل التى تحوى عنصرا دينيا ، ذا أثر فى تقرير الحكم القضائى الصادر منها .

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٣٤/٦/٢١ - مجموعة القواعد القانونية فى (٢٥) عاما - الجزء الأول - ص ١١٧ ، مشارا فذ الحكم لدى : سمر عبد السيد تناغو - المقالة المشار إليها - ص ٢٥٢ .

(٢) أنظر : محمد كمال حمدى - المرجع السابق - ص ٢٥٢ .
 ول تقييم تعريف محكمة النقض المصرية للأحوال الشخصية بين مؤيد ، ومعارض ، وتتميزها عن الأحوال العينية ، أنظر : سمر عبد السيد تناغو - المقالة المشار إليها - ص ١٧٥ .

والفرع الثانى

ثانيا

المحاولات التشريعية فى تحديد

المقصود بالأحوال الشخصية

حاول المشرع الوضعى المصرى تحديد المقصود بالأحوال الشخصية مرتين :
 المرة الأولى : فى نص المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة ،
 والصادرة سنة ١٩٣٧ ، والتي صدرت بعد توقيع إتفاقية منثرو عام ١٩٣٧ ، والتي
 خولت المحاكم المختلطة الإختصاص بنظر مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ، إلى
 جانب المحاكم القنصلية ، والمادة (١٢٨) المشار إليها - وفى محاولة منها لتحديد
 المقصود بالأحوال الشخصية - نصت على أنه :

" تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، أو
 المتعلقة بنظام الأسرة ، وعلى الأخص ، الخطبة والزواج وواجباتهما المتبادلة ، والمهر
 والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين ، والتطبيق والطلاق ، والتفريق والبنوة والإقرار
 بالأبوة وإنكارها ، والعلاقات بين الأصول والفروع ، والإلتزام بالنفقة للأقارب والأصهار
 ، وتصحيح النسب والتبنى ، والولاية والوصاية ، والقوامة والحجر ، والإذن بالإدارة ،
 والغيبة ، واعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث
 والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت " .

والمرة الثانية : فى نص المادة (١٣) من قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة
 ١٩٤٩ ، والسذى خول الإختصاص للمحاكم الوطنية فى نظر مسائل الأحوال الشخصية
 للأجانب .

والنص القانونى الثانى يكاد يكون منقولاً نقلاً حرفياً عن النص القانونى الأول . ولذا ،
 أكتفى بالإحالة إليه ، منعا للتكرار .

ويتبين من المقارنة بين نص المادة (٢٨) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، والمادة
 (١٣) من قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩ ، أن النص القانونى الأول
 كان يجعل الدوطة مرادفة للمهر ، وهو أمراً يخالف الواقع ، وقد أكد النص القانونى
 الثانى على أن الدوطة غير المهر ، كما أضاف النص الثانى مسألة الولاية ، واعتبرها من

مسائل الأحوال الشخصية ، في حين أن المادة (٢٨) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة
لم تشر إليها .

المطلب الثالث

الإختصاص برفع دعوى الحسبة ، على ضوء القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية " النيابة العامة هى صاحبة الصفة فى رفع دعوى الحسبة " (١)

تطبيقا لما ورد فى المادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية ، فإن النيابة العامة هى صاحبة الصفة فى رفع دعاوى الحسبة ، بحيث لا يجوز رفعها من أى شخص آخر ، وإلا فإن الدعوى القضائية تكون غير مقبولة ، لانتفاء صفة رافعها ، وتقضى المحكمة بعدم قبولها من تلقاء نفسها :

تطبيقا لما ورد فى المادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية ، فإن النيابة العامة هى صاحبة الصفة فى رفع دعاوى الحسبة وحدها - دون غيرها (٢) ، بحيث

١ - فى دراسة أحكام الإختصاص برفع دعوى الحسبة ، أنظر : حسن الليلى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ بند ١١٠ ، وما يليه ، ص ١٤٧ ، وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر - الوسيط فى قانون المرافعات - ١٩٩٩ - الدار الجامعية للنشر بالإسكندرية - ص ٢٥٣ ، وما بعدها ، إبراهيم أمين النياوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٨ .

٢ - ويكون لها ممارسة هذه السلطة بمبادرة منها ، أى من تلقاء نفسها ، باعتبارها الأمانة على المصلحة العامة ، أو بناء على البلاغات التى تقدم إليها فى هذا الشأن ، أنظر : إبراهيم أمين النياوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٦٠ .

لا يجوز رفعها من أى شخص آخر ، وإلا فإن الدعوى القضائية تكون غير مقبولة ، لانتهاء صفة رافعها ، وتقضى المحكمة بعدم قبولها من تلقاء نفسها ، تطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة (٣) من قانون المرافعات المصرى ، والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ (١) .

وتستمد النيابة العامة فى مصر هذه الصفة من المادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية ، والتي تنص على أنه :

" تختص النيابة العامة وحدها دون غيرها برفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة " . وهكذا ، تثبت هذه الصفة للنيابة العامة فى مصر وحدها - دون غيرها - ويكون لها دور المدعى إذا ماقررت رفعها ، ويكون لها مالمدعى من حقوق ، وعليها ما عليه من واجبات ، تطبيقاً للمادة الثالثة من قانون الحسبة رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية (٢) ، فلم يعد لأية سلطة ، أو شخص ما فى مصر أن يرفع دعوى الحسبة ، عدا النيابة العامة ، وفى مسائل الأحوال الشخصية ، سواء تعلقت بالحالة ، أو الأهلية ، المال ، النفس ، العقيدة ، الإرث ، النسب ، وجميع مسائل الأحوال الشخصية (٣) . ولا يوجد ميعاداً معيناً لرفع دعوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية .

على من يريد رفع دعوى الحسبة غير النيابة العامة أن يتقدم ببلاغ إلى النيابة العامة المختصة ، حسب قواعد الاختصاص القضائى العام ، والمقررة فى قانون المرافعات المصرى :

(١) أنظر : إبراهيم أمين النياوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٨ ، ١٥٩ .

(٢) أنظر : إبراهيم أمين النياوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٩ ، معوض عبد التواب - المرجع فى التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ٢٠٠٠ ، ص ١٦٣ .

(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الوسيط فى قانون المرافعات - ١٩٩٩ - الدار الجامعية للنشر بالأسكندرية - ص ٢٥٣ .

تنص المادة (١ / ١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية على أنه :
 " تختص النيابة العامة وحدها دون غيرها برفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة وعلى من يطلب رفع الدعوى أن يتقدم ببلاغ إلى النيابة العامة المختصة يبين فيه موضوع طلبه والأسباب التى يستند إليها مشفوعة بالمستندات التى تؤيده .

ومفاد النص المتقدم ، أنه على من يريد رفع دعوى الحسبة غير النيابة العامة أن يتقدم ببلاغ إلى النيابة العامة المختصة ، حسب قواعد الاختصاص القضائى العام ، والمقررة فى قانون المرافعات المصرى ، يبين فيه موضوع طلبه ، وأسبابه ، وترفق به المستندات المؤيدة ^(١) . فوفقا للقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية ، ليس للفرد العادى ، أو أى شخص آخر - طبيعيا ، أو معنويا - أية صفة فى رفع دعوى الحسبة ، إذ أن هذه الصفة تثبت للنسبة العامة وحدها - دون غيرها ^(٢) - وإنما يقتصر دور الفرد العادى على الإبلاغ عن الواقعة محل المخالفة إلى النيابة العامة ، فى صورة بلاغ ، يبين فيه موضوع طلبه ، والأسباب التى يستند إليها ، مشفوعة بالمستندات التى تؤيد صحة هذا البلاغ " المادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية " ، ويقدم هذا البلاغ إلى أية نيابة عامة فى جمهورية مصر العربية ، فلم يحدد القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية نيابة عامة بعينها فى مصر ، فيجوز للفرد العادى تقديم هذا البلاغ إلى النيابة العامة التى يقع فى دائرتها موطنه ، أو محل إقامته ^(٣) .

١ - أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٩ ، ١٦٠ .

(٢) أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٥٩ .

(٣) أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - الإشارة المتقدمة .

إنكار جانب من الفقه حق الأفراد فى إقامة دعوى حسبة أمام القضاء المدنى ، وذلك قبل صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة :

أنكر جانب من الفقه حق الأفراد فى إقامة دعوى حسبة أمام القضاء المدنى ، وذلك قبل صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة ، على أساس أن النيابة العامة فى المجتمع الحديث أصبحت هى الهيئة المكلفة بطلب الحماية القضائية للصالح العام للمجتمع ^(١) .

قبل صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة ، ذهب رأى إلى أن الحسبة لا يعرفها القانون الوضعى المصرى ، والذي يشترط فى رفع كل دعوى قضائية وجود مصلحة :

قبل صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة ، إتجه رأى إلى أن الحسبة لا يعرفها القانون الوضعى المصرى ، والذي يشترط فى رفع كل دعوى قضائية وجود مصلحة ^(٢) .

استنقاد الإتهام الذى كان ينكر دعوى الحسبة قبل صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة ، لعدم وجود مصلحة شخصية لرافعها فيها ، أو لانعدام صفته فى إقامتها :

بالنسبة للإتهام الذى كان ينكر دعوى الحسبة قبل صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة ، لعدم وجود مصلحة شخصية لرافعها فيها ، أو لانعدام صفته فى إقامتها ، فإنه كان مردودا بأن الصفة لغة

^(١) أنظر : إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - الجزء الأول - بند ٧٠ ص ١٨٠ ، وجدى راغب فهمى - الموجز - ص ١٤٩ .

^(٢) أنظر : حكم محكمة السطة الجزئية - الصادر لى ١٩٣٢/١/٢ - مرجع القضاء - الجزء الثالث - ص ١٩١٤ .

تعنى قيام معنى بالموصوف (١) ، والمنصوص عليه فى المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى بالنسبة لرافع الدعوى القضائية هو وجود مصلحة قائمة له يقرأها القانون ، ولاشك فى تحقق تلك المصلحة التى يقرأها القانون بالنسبة للمدعى فى دعوى الحسبة ، لأنه يقوم بأداء واجب شرعى عليه ، يؤثم بتركه (٢) .

كما أنه يمكن تفسير عبارة المصلحة القائمة الواردة بالمادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى تفسيراً يشمل كلا من المصلحة الخاصة ، والمصلحة العامة ، وعبرة النص تتسع لهذا التفسير الشامل ، الذى يناغم بين نص فى التشريع الوضعى العادى - هو المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى - وبين نص فى التشريع العالى - وهو المادة الثانية من الدستور المصرى الدائم - كما أنه يناغم بين نوعين من المعاملات المدنية قد آن الأوان لإزالة التفرقة بينهما ، ألا وهما المعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية ، والمعاملات المالية (٣) .

وفضلاً عن ذلك ، فإن هذا التفسير يربط بين الفكر المعاصر ، وبين فكر أسلافنا ، والذى سعى إلى تقويم الإعوجاج بكل وسيلة ، مصداقاً لقول الفاروق عمر بن الخطاب - رضى الله تعالى عنه ، وأرضاه - بعد توليه الخلافة الإسلامية : " من رأى فى إعوجاجا ، فليقومه " (٤) ، حيث تستوجب النصوص الشرعية القيام بالحسبة على الجميع ، سواء أكانوا أفراداً عاديين ، أو خلفاء ، أو ولاة ، أو قضاة ، إذا ماظهر من أحدهم مايعتبره الأحكام الشرعية خروجاً عنها ، فنظمت هذا السبيل من سبل الرقابة ، دون تعقيد ، واعترفت به لكل فرد من الأفراد العاديين فى المجتمع المسلم - مهما كانت رتبته (٥) -

(١) أنظر : حسن الليدى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١١٩ ، ص ١٥٩ .

(٢) أنظر : حسن الليدى - الإشارة المقدمة .

(٣) أنظر : حسن الليدى - دعاوى الحسبة - بند ١١٩ ص ١٦٠ .

(٤) أنظر : عبد القادر عودة - التشريع الجنائى الإسلامى - الطبعة الثالثة - الجزء الأول - بند ٣٥٠ ص ٥١٢ ، حسن الليدى - الإشارة المقدمة .

(٥) أنظر : ابن حجر الهيتمى - الزواج عن اقتراف الكبار - طبعة الشعب - ص ٥٩٣ - ٥٩٥ ، محمد عبد المنعم هبى - الإدارة فى صدر الإسلام - ص ١٤٦ ، ١٤٧ .

لأن عبء الإحتساب يقع على الجميع كأفراد ، وما كان إنشاء ولاية الحسبة إلا لتكملة دور الأفراد فى الإحتساب ، وخشية تقصيرهم فى القيام بواجباته ^(١) .

وهذا التفسير يربط بين كل من فقه المرافعات المدنية ، وفقه المرافعات الإدارية ، حيث يتردد فى كل من فرنسا ، ومصر بأن دعوى إلغاء القرارات الإدارية من قبيل دعاوى الحسبة ، لكونها من قبيل الدعاوى القضائية العينية ، حيث لايسعى المدعى فيها إلى تحقيق غنم شخصى عادة ، بل يسعى إلى تحقيق مصلحة الجماعة كلها . فالطبيعة الفنية لدعوى الإلغاء ، تجعلها دعوى حسبة ، لأنه ليس من اليسير إيجاد مبررا قاطعا لشرط المصلحة الشخصية فيها . ولذلك ، فقد أصبحت دعوى إلغاء القرارات الإدارية وسيلة عامة للدفاع عن المشروعية ، والمصالح العام ، أكثر منها وسيلة خاصة للدفاع عن الحقوق ، والمصالح الخاصة ^(٢) . بل إن من فقهاء القانون الإدارى من اعتمد مبدأ الحسبة صراحة بالنسبة لإجراءات القضاء الإدارى ، واستشهد فى ذلك بحكم للمحكمة الإدارية العليا فى مصر ، قضى بتاريخ (٩) ديسمبر سنة ١٩٦١ بقبول الدعوى القضائية التى يرفعها المواطن الذى يقيم فى القرية ، بطلب إلغاء قرار عدم الموافقة على إنشاء وحدة مجمعة بالقرية ، لأن دعوى الإلغاء التى يقيمها المواطن المقيم فى القرية إنما تؤثر فى مصالح الأهلىين تأثيرا مباشرا ، وأنه يكفى لقبولها من المدعى صفته كمواطن يقيم فى تلك القرية ، حتى تتحقق له مصلحة شخصية فى كل قرار يتعلق بمصالح تلك القرية ، والمقيمين فيها ^(٣) .

فالشريعة الإسلامية الغراء تنظر إلى الأفراد على أنهم مكلفون بتطبيق أحكامها ، وقصد الشارع الإسلامى الحنيف من المكلف أن يكون قصده فى العمل موافقا لقصده - أى قصد الشارع الإسلامى الحنيف - فى التشريع ، لأن الشريعة الإسلامية الغراء موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق ، والعموم ، والمطلوب من المكلف أن يجرى على ذلك فى أفعاله ، ولما كان قصد الشارع الإسلامى الحنيف هو المحافظة على المصالح الضرورية

^(١) أنظر : محمد ماهر - الكفاح ضد الخرية فى الإسلام - ص ٥٠ .

^(٢) أنظر : سليمان الطماوى : المرجع السابق - الكتاب الأول - الإلغاء - ص ٥٤٠ - ٥٤٩ ، حسن الليدى - دعاوى الحسبة - بند ١١٩ ص ١٦٠ ، ١٦١ .

^(٣) أنظر : مصطفى كمال وصفى - أصول إجراءات القضاء الإدارى - القسم الأول - الطبعة الثانية - ص ١٤٤ ، حسن الليدى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١١٩ ، ص ١٦١ .

- وهى الدين ، النسل ، المال ، والعقل - وما يتبعها من المصالح الحاجية ، والتحسينية ، فإن الأصوليين يلحقون المصالح الحاجية بالضرورة . أما المصالح التحسينية ، فيمكن إيراد مثالا لها بدعوى حسبة بقيمتها فرد من الأفراد ضد من تعدى على منزهة عام ^(١) ، وهذا القصد هو عين ما هو مطلوب من المكلف ، لأن الله - سبحانه ، وتعالى - جعله خليفة فى إقامة هذه المصالح بمقدار وسعه ، وبحسب طاقته ، وإلى ذلك يرجع قول الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " إلى جاعل فى الأرض خليفة " ، وقوله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ويستخلفكم فى الأرض فينظر كيف تعملون " ، وقوله - سبحانه ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " وهو الذى جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ، ليبلوكم فيما آتاكم " . ولما كانت الخلافة عامة ، وخاصة ، وفقا لقول رسول الله - صلى الله عليه ، وسلم : " الأمير راع ، والرجل راع على أهل بيته ، والمرأة راعية على بيت زوجها ، وولده ، فكلكم راع ، وكلهم مسئول عن رعيته " ، وهذه الأمثلة التى أوردها الحديث النبوى الشريف تبين أن الحكم كليا عاما ، غير مختص ، فلا يتخلف عنه فردا من أفراد الولاية - عامة كانت ، أم خاصة ^(٢) - وكل ما كان من حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - فلاخيرة فيه للمكلف ، ولايجوز إسقاطه ، باعتبار ما فيه من مصلحة للجماعة - كالأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر - أما ما كان من حق العبد ، فله فيه الخيرة . أما ما كان مشتملا على الحقيقين معا ، وغلب فيه حق الله - سبحانه ، وتعالى - فيأخذ حكم حق الله - سبحانه ، وتعالى - ويكون حق العبد فيه غير معتبر ، لأنه ينبغى تقديم مصلحة العموم ، على مصلحة الخصوص ^(٣) .

^(١) أنظر : حسن الليدى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٢٠ ص ١٦٢ .

^(٢) أنظر : الشاطبى - الموالفات - الجزء الثانى - ص ٣٣٩ ، ٣٣٢ ، حسن الليدى - الإشارة المقدمة وفى بيان حجج الأصوليين فى التزام الجميع بالإحتساب ، أنظر : حسن الليدى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٢٠ ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

^(٣) أنظر : على حسب الله - أصول التشريع الإسلامى - الطبعة الخامسة - ص ٣٦٧ ، ٣٤٨ ، حسن الليدى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٢٠ ص ١٦٣ .

والأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر كحق من حقوق الله - سبحانه ، وتعالى - يكون أمرا واجبا على جميع المكلفين ، لأن القيام به قياما بمصلحة عامة ، هم مطالبون بسدّها على الجملة ، فبعضهم قادرا عليها مباشرة ، وذلك من كان أهلا لها ، والباقيون وإن لم يقدرُوا عليها ، يكونوا قادرين على إقامة القادرين ، تطبيقاً للقاعدة الأصولية : " أن ما لا يتم الواجب إلا به ، فهو واجب " (١) ، لأن القرآن الكريم جعل الإحتساب واجبا كفاثيا ، عامسا على جميع المكلفين ، يقول الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف ، وتنهون عن المنكر ، وتؤمنون بالله " (٢) . صدق الله العظيم . كما جعله واجبا عينيا خاصا على أرباب الولايات التى تدخل الحسبة فى شئون وظائفهم ، يقول الله - تبارك ، وتعالى - فى كتابه العزيز ، بسم الله الرحمن الرحيم : " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ، ويأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر " (٣) . صدق الله العظيم .

وتنص المادة (١٧٠) من الدستور المصرى الدائم على أنه :

" يسهم الشعب فى إقامة العدالة على الوجه وفى الحدود المبينة فى القانون " .

كما تنص المادة (٦٨) منه على أنه :

" للتقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ، ولكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعى ، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين ، وسرعة الفصل فى القضايا .

ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء " . ولما كانت مساهمة الشعب فى إقامة العدالة لا تتحقق فى صورتها المثالية إلا عن طريق دعاوى الحسبة التى يقيمها المواطنون أمام قضائهم الطبيعىين ، الأمر الذى يتبين منه أن الدستور فى مصر فى مادتيه السابقتين ، وفى نزعته الإسلامية ، والإجتماعية البادية من

(١) أنظر : الشاطى - المرجع السابق - الجزء الأول - ص ١٧٨ ، ١٧٩ ، الفزالي - المستصفى - الجزء الأول - ص ٩٥ ، إبن عبد الشكور - مسلم الثبوت - الجزء الأول - ص ١٥٧ ، حسن الليدى - الإشارة المقدمة .

(٢) سورة آل عمران - الآية رقم (١١٠) .

(٣) سورة آل عمران - الآية رقم (١٠٤) .

العديد من مواده يحذف ، بل ويملى على الأفراد قيامهم بواجب الحسبة ^(١) ، ولا يرد على هذا الإتجاه بالقول بأن المادة (١٧٠) من الدستور المصرى الدائم إنما تقصد مجرد إشتراك أعضاء شعبيين فى الهيئات التى تنظر القضايا ، لأن فى هذا القول تخصيصا بغير مخصص ، فضلا عما فيه من منافاة للمادة (٦٨) من الدستور المصرى الدائم ، والسبب فى تقرير حق التجاء كل مواطن إلى قاضيه الطبيعى ، لأن الهيئات التى تدخل فيها عناصر شعبية تفقد وصف المحاكم ، ولا تعدو فى عمومها أن تكون مجرد هيئات إدارية ذات اختصاص قضائى ، نقر الفقرة الثامنة من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (١٤٦) لسنة ١٩٧٢ اختصاص محكمة القضاء الإدارى بنظر الطعون بالإلغاء التى توجه إلى القرارات الصادرة منها ^(٢) . ولذلك ، لا تمثل فكرة القاضى الطبيعى التى يقصدها الدستور المصرى الدائم ^(٣) .

يضاف إلى ذلك ، أن الشريعة الإسلامية الغراء تصد عن فكرة القضاء الشعبى ، لما تقتضيه من شرط العلم بالنسبة للقضاة ، وتضع فكرة القضاء الشعبى موضعها الصحيح ، باعتبارها قرارات صلح ، مندوبا إليه شرعا ، ولكن لا تختلط تلك القرارات بالأحكام القضائية ، ولا ترقى إلى مصافها ^(٤) . فتستبعد فكرة القضاء الشعبى من واقع التجارب العملية الطويلة ، والمريرة ، التى صادفتها مصر على مدى تاريخها الطويل ، وانكسرت فيها العدالة ، بسبب ماسمى بالقضاء الشعبى ، ابتداء من مجالس الأحكام ، ومحاكم

(١) أنظر : حسن الليدى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٢١ ، ص ١٦٤ .

(٢) أنظر : محمد على راتب - قضاء الأمور المستعجلة - الطبعة الخامسة - بند ١٦٦ ، ص ٤٣٤ ، ٤٣٥ .

وفى نفس صفة المحكمة عن محكمة القيم ، أنظر : أمينة مصطفى النمر - الجزء الأول - بند ١١٤ ، ص ٢٣٥ ، محمد محمود إبراهيم - الوجيز - ص ٢٣٠ ، حسن الليدى - دعاوى الحسبة - بند ١٢١ ، ص ١٦٤ .

(٣) أنظر : حسن الليدى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٢١ ص ١٦٤

(٤) أنظر : فؤاد عبد المنعم - حكم الإسلام فى القضاء الشعبى - ص ١١٠ .

الأخطاء ، والمجالس الحسبية ، ولجان الفصل في المنازعات الزراعية ، مما لا يكون معه أى داع لتكرارها (١) .

فضلا عن أن التجارب الطويلة التي أثبتت أن دور النيابة العامة بالنسبة لدعاوى الأحوال الشخصية ، المدنية ، والتجارية هو دورا ضئيل القيمة ، من الناحيتين القانونية ، والعملية ، نظرا لمشغولية أعضاء النيابة العامة بنظر المواد الجنائية ، وقيامهم بالأعمال الإدارية المنوطة بهم ، فلا يتسع وقتهم لبحث الكثير من المسائل القانونية ، ولالتدقيق في فحص أوراق الدعاوى القضائية ، واستجلاء غوامضها . ولذا ، تأتي آراؤهم سطحية في الأعم الأغلب ، فضلا عن أنها غير ملزمة للقضاء العام في الدولة . ولذا ، كثيرا ما يفوضون الأمر للمحكمة (٢) . أما صيانة النيابة العامة لحقوق الله - سبحانه ، وتعالى - بالنسبة للقاصرين ، ومن إليهم ، فيغلب عليه الطابع النظري ، وغير العملي ، حيث يلتزم أعضاء النيابة العامة الجانب القانوني ، لاجانب المصلحة العملية لهؤلاء . ولذا ، كثيرا ما يكون تدخل النيابة العامة في أمورهم ضارا بمصالحهم الواقعية (٣) .

يضاف إلى ذلك ، تعقيد الإجراءات ، وتأخر حضور أعضاء النيابة العامة في الجلسات ، مما يعوق سيرها ، ويجعل الفائدة من الإلتجاء إلى النيابة العامة بالنسبة لهذه الأمور - وبحسب الوضع الحالي - ضئيلة للغاية ، مما يترك العبء الحقيقي فيها يقع على عاتق القضاة (٤) .

(١) أنظر : محمد عصفور - إسقلال السلطة القضائية - ص ١١٤ ، ١١٥ ، حسن الليدي - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٢١ ، ص ١٦٥ .

(٢) أنظر : نورمان - القاضي ، والراع - رسالة باريس - الرسالة المشار إليها - بند ٢٣٧ ص ٢٣٤ ، حسن الليدي - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٢٧ ص ١٧١ .

(٣) أنظر : فارس الخوري - أصول المحاكمات الحقوقية - الطبعة الثانية - دمشق - ص ٧٩ ، ٨٠ ، حسن الليدي - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٢٧ ، ص ١٧١ .
وقارن : فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - بند ٢١١ ، ص ٣٩٩ .

(٤) أنظر : حسن الليدي - الإشارة المتقدمة .

فضلاً عن أن تصرفات كل من أعضاء النيابة العامة ، والقضاة في هذه الأمور تغلب عليه الطبيعة القانونية الولائية ، فلاداعي للجمع بين سلطتين متحدتين في الطبيعة القانونية بالنسبة لمادة واحدة (١) .

وإذا كانت النيابة العامة تلعب دوراً في حماية قيم المجتمع ، ومثله العليا ، وحماية النظام العام ، والآداب ، فإن دورها يتسم بالقصور ، لأنها لايمكنها الإحاطة بكل مامن شأنه الإخلال بنظام المجتمع ، وتقاليده ، كما أن إعطاء المواطن حق الدفاع عن قيم المجتمع المصرى يزكى روح الإحترام للقانون الوضعى فى نفوس الأفراد ، ويؤدى إلى الحفاظ على نظام المجتمع ، وأمنه .

فقيام النيابة العامة بدور المحتسب ، رعاية للمصالح العامة للمجتمع ، لايلغى دور الأفراد العاديين فى هذه الرعاية ، بإقامة دعاوى حسبة ، لأنهم مكلفون بهذا الدور فى الأصل ، ولأنه لاتعارض بين قيامهم هم ، والنيابة العامة به ، بل يتمثل فيه مزيداً من الحرص على رعاية المصالح العامة . فضلاً عن أنه لم يقل أحد عند وجود وظيفة المحتسب بقصر رفع دعاوى الحسبة على المحتسب وحده ، لأن الأفراد العاديين كانوا يحتسبون قبل وجوده ، ومع وجوده ، حيث لم تلحق وظيفته بالحكومة الإسلامية إلا لمعاونة الأفراد العاديين ، ومدهم بالقوة ، والسلطة الازميتين للضرب على أيدي المفسدين ، والمارقين ، والمنحليين ، حتى لاتنتشر فى المجتمع الإسلامى جرائم الإحتلال ، والضعف (٢) .

(١) أنظر : حسن الليدى - الإشارة المقدمة .

(٢) أنظر : طه عبد الباقي سرور - دولة القرآن - ص ١٤٤ ، حسن الليدى - دعاوى الحسبة -

١٩٨٣ - بند ١١٧ ص ١٥٧

وفى بيان دور الأفراد فى الإحتساب ، أنظر : حسن الليدى - دعاوى الحسبة - بند ١١٦ ، ومايليه ص ١٥٦ ، ومابعدها .

إذا نظرنا إلى واقعنا المعاصر ، فإننا نلمس الحاجة أشد لقيام القضاء بدور
إحتسابي أكبر :

كانت الحسبة تمثل ثلثا عمل القضاء ^(١) ، كما كانت تدخل في ولاية القاضي في كثير من
العصور ^(٢) ، ولكن لما صار نظر السلطات عاما في السياسة ، إندرجت في الوظائف
التابعة له ، وأفرجت بالولاية ^(٣) .

وقد أدى إنسلاخ ولاية الحسبة عن القضاء ، واعتبار سلطة المحتسب مستمدة من سلطة
الخطيفة ^(٤) إلى مساوئ كثيرة ، من أهمها : تنازع الإختصاص بين الولايات ، وافتيات
المحتسبين ، ورجال الشرطة على اختصاصات القضاة ^(٥) ، كما أدى إلى قيام السلاطين
بتسخير المحتسبين لتحقيق مآربهم الخاصة ، لدرجة قيامهم بمنع المصريين من كثرة
الكلام ، لما اشتهروا به من السخرية من الممالك ، وسلاطينهم ^(٦) . ومن ثم ، وعلى

^(١) أنظر : الشامي - بصائر الإحتساب - مخطوط - دار الكتب برقم (٣٢) - فقه حنفى - ورقة رقم
(١٩) ، ومكتبة الأزهر المصرى الشريف - برقم (٢٠٧٨) - رافعى ورقة (١١) ، ومكتبة رفاعة
الطهطاوى بسوهاج - ورقة رقم (١٤) .

٢ - أنظر : حسن الليلى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٢٦ ص ١٦٨ .
وفى بيان دور القضاة فى الإحتساب ، والإعتبارات التاريخية ، الواقعية ، القانونية ، والإجتماعية لقيام
القضاة بالإحتساب ، أنظر : حسن الليلى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٢٦ ، ومايليه ،
ص ١٦٨ ، ومابعدها .

٣ - أنظر : إيسن خلدون - المقدمة - ص ٢٠١ ، ابن الأزرق - بدائع السلك - الجزء الأول -
ص ١٦٩ .

٤ - أنظر : عبد النعم ماجد - نظم الفاطميين فى مصر - الجزء الأول - الطبعة الثانية - ص ١٦٣ ،
حسن الليلى - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٢٦ ص ١٦٩ .

٥ - أنظر : آدم ميتز - الحضارة الإسلامية فى القرن الرابع الهجرى - ترجمة محمد عبد الهادى أبو ريدة -
الجزء الأول - ص ٤٠٩ - ٤١٢ ، حسن الليلى - الإشارة المتقدمة .

^(٦) أنظر : عبد النعم ماجد - نظم دولة سلاطين الممالك - الجزء الأول - ص ١١٦ ، نقلا عن
المؤرخ ابن إياس .

ضوء هذه الإعتبارات التاريخية ، ينبغي أن تدمج ولاية الحسبة فى ولاية القضاء ، لضمان عدم انحرافها . خصوصا ، وأن دعاوى الحسبة التى تقتصر إلى تحقيق كانت تدخل فى اختصاص القاضى ، على الرغم من وجود وال للحسبة ^(١) .

وإذا نظرنا إلى واقعنا المعاصر ، فإننا نلمس الحاجة أشد لقيام القضاء بدور احتسابى أكبر ، لتزايد المنكرات التى تتصادم مع مقتضيات النظام العام ، والآداب العامة ، ولعدم وجود وظائف محتسبين ، وضعف سلطة الأولياء الخاصين - كالأباء ، والأزواج - على أفراد أسرهم ، وعجزهم عن تقويم إغواجهم ، بما قد يستدعى تدخل القضاء كولاية عامة لسد أوجه قصور الولايات الخاصة ، باعتبار أن المحافظة على قيم الأسرة ، محافظة على قيم المجتمع ^(٢) .

^(١) أنظر : الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ٢٤٢ ، محمد ماهر - الكفاح ضد الجريمة فى الإسلام - ص ٥٠ .

^(٢) أنظر : حسن الببدي - دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ - بند ١٢٧ ، ص ١٧٠ .

المطلب الرابع

سلطات النيابة العامة إزاء دعوى الحسبة ، على ضوء القانون
الوضعي المصري رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات
مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية^(١)

تقوم النيابة العامة بسماع أقوال الأطراف ذوى الشأن ، وتجرى مآتشاء من
تحقيقات لازمة ، ثم تصدر قرارا برفع دعوى الحسبة إلى المحكمة المدنية
الإبتدائية المختصة ، حسب القواعد المقررة فى قانون المرافعات المصري
فى هذا الشأن ، أو تصدر قرارا بحفظ البلاغ المقدم إليها فى هذا الشأن :
تنص الفقرتان الثانية ، والثالثة من المادة الأولى من القانون الوضعى المصري رقم (٣)
لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية
على أنه :

وعلى النيابة العامة بعد سماع أقوال أطراف البلاغ وإجراء التحقيقات اللازمة أن تصدر
قرارا برفع الدعوى أمام المحكمة الإبتدائية المختصة أو بحفظ البلاغ .
ويصدر قرار النيابة العامة المشار إليه مسببا من محام عام ، وعليها إعلان هذا القرار
لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره " .

ومفاد النص المتقدم ، أن النيابة العامة تقوم - وبعد أن يتقدم إليها من يريد رفع دعوى
الحسبة ببلاغ - بسماع أقوال الأطراف ذوى الشأن ، وتجرى مآتشاء من تحقيقات
لازمة^(٢) ، ثم تصدر قرارا برفع دعوى الحسبة إلى المحكمة المدنية الإبتدائية المختصة

١ - فى بيان سلطات النيابة العامة إزاء دعوى الحسبة ، أنظر : إبراهيم أمين النياوى - أصول التقاضى ،
وأجراءاته - ص ١٦٠ ، ١٦١ .

٢ - فلتتزم النيابة العامة فى مصر بإجراء التحقيقات اللازمة بشأن الواقعة محل المخالفة ، قبل أن ترفع
الأمر إلى المحكمة الإبتدائية المختصة بنظر دعوى الحسبة ، حسب القواعد المقررة فى قانون المرافعات
المصري فى هذا الشأن ، ولها فى سبيل ذلك أن تستمع إلى أقوال طرفى البلاغ ، إذا تمت التحقيقات بناء
على بلاغ كان قد قدم إليها فى هذا الشأن . أما إذا أجرت هذه التحقيقات من تلقاء نفسها ، فإنه يجب
عليها أن تستمع إلى أقوال من وقعت منه المخالفة ، كما يكون لها أن تستمع إلى الشهود ، وأن تسمح

، حسب القواعد المقررة فى قانون المرافعات المصرى فى هذا الشأن ، أو تصدر قرارا بحفظ البلاغ المقدم إليها فى هذا الشأن .

فبعد أن تنتهى النيابة العامة من التحقيقات اللازمة ، فإنه يتعين عليها التصرف فى الأمر، إما برفع دعوى الحسبة أمام المحكمة الابتدائية المختصة بنظرها ، حسب القواعد المقررة فى قانون المرافعات المصرى فى هذا الشأن ، وإما بالحفظ . وفى الحالتين ، فإن القرار الصادر من النيابة العامة عندئذ لابد وأن يصدر من محام عام على الأقل " المادة (١ / ٢) من القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية " ، بعد عرض الأمر عليه ، بمذكرة تتضمن سردا للوقائع ، وأسانيد النيابة العامة التى تؤيد إحالة الأوراق إلى المحكمة الابتدائية المختصة بنظر دعوى الحسبة ، حسب القواعد المقررة فى قانون المرافعات المصرى فى هذا الشأن ، أو إلى حفظ البلاغ المقدم إليها فى هذا الشأن .

ويجب تسبيب القرار الصادر من النيابة العامة برفع دعوى الحسبة إلى المحكمة المدنية الابتدائية المختصة ، حسب القواعد المقررة فى قانون المرافعات المصرى فى هذا الشأن ، أو بحفظ البلاغ المقدم إليها فى هذا الشأن ، ويجب أن يتم التسبيب من محام عام على الأقل ، ثم يبلغ هذا القرار - أيا كان نوعه - لذوى الشأن ، خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره .

للتائب العام من تلقاء نفسه أن يلغى القرار الصادر من النيابة العامة برفع دعوى الحسبة ، أو بحفظ البلاغ المقدم إليها فى هذا الشأن ، خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره :

تنص المادة الثانية من القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية على أنه :

" للتائب العام إلغاء القرار الصادر برفع الدعوى أو بالحفظ خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره ، وله فى هذه الحالة أن يستكمل مايراه من تحقيقات والتصرف فيها إما برفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية المختصة أو بحفظ البلاغ ، ويكون قراره فى هذا الشأن نهائيا " .

للأطراف بتقديم ما لديهم من مستندات " المادة (١ / ٢) من القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية " .

ومفاد النص المتقدم ، أن للنائب العام من تلقاء نفسه أن يعي لقرار الصادر من النيابة العامة برفع دعوى الحسبة ، أو بحفظ البلاغ المقدم إليها في هذا الشأن ، خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره ، وله في هذه الحالة أن يستكمل مبراه من تحقيقات ، والتصرف فيها ، إما برفع دعوى الحسبة أمام المحكمة الابتدائية المختصة بنظرها ، حسب القواعد المقررة في قانون المرافعات المصري في هذا الشأن ، أو بحفظ البلاغ المقدم إلى النيابة العامة في هذا الشأن ، ويكون قراره في هذا الشأن نهائيا ، كما أن هذه السلطات تكون مخولة للنائب العام نتيجة التظلم المرفوع إليه من ذوى الشأن ^(١) ، ويقوم النائب العام بإصدار قراره بإقامة دعوى الحسبة أمام المحكمة المختصة بنظرها ، حسب القواعد المقررة في قانون المرافعات المصري في هذا الشأن ، أو بحفظها في خلال ثلاثين يوما ، وذلك بقرار نهائى غير قابل للطعن عليه .

ولكن هل لذوى الشأن الحق في التظلم ؟ . لم يذكر المشرع الوضعى المصرى لفظ التظلم فى القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية ، وبالرغم من ذلك ، فإنه يكون ممكنا ، فالمشرع الوضعى المصرى ، وفى القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية يلزم النيابة العامة بإعلان القرار الصادر منها برفع دعوى الحسبة إلى المحكمة المختصة بنظرها ، حسب القواعد المقررة في قانون المرافعات المصري في هذا الشأن ، أو بحفظ البلاغ المقدم إليها في هذا الشأن ، فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره " الفقرة الثالثة من المادة الثانية " ^(٢) ، ولم يرتب جزاء على عدم الإعلان ، ولم يحدد نقطة بداية

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الوسيط - ص ٢٥٤ .

٢ - والى جاء نصها على النحو التالى :

" ويصدر قرار النيابة العامة المشار إليه مسبقا من محام عام ، وعليها إعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره " .

فأيا كان قرار النيابة العامة برفع دعوى الحسبة إلى المحكمة الابتدائية المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها ، حسب القواعد المقررة في قانون المرافعات المصري في هذا الشأن ، أو بحفظ البلاغ المقدم إليها في هذا الشأن ، فإنه يتعين عليها إعلان ذوى الشأن بالقرار الصادر منها . فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ، حتى يتسنى لمقدم البلاغ ، أو المقدم ضده البلاغ التظلم منه . ويكون التظلم أمام النائب العام .

التظلم من القرار الصادر في هذا الشأن ، هل من تاريخ صدوره ، أم من تاريخ تبليغه ، وإعلانه ؟ . خاصة ، وأن قرار النيابة العامة يصدر دون أن يعلم الخصوم به ^(١) . وعلى ذلك ، إذا كان للخصوم الحق في التظلم ، وهذا الحق غير محظور ، أو ممنوع في نصوص القانون الوضعي المصري رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية ^(٢) ، فإن ميعاده يبدأ من تاريخ الإعلان ^(٣) . فإذا لم يعلن ، فإن الحق في التظلم يظل قائماً ، إلى أن يتم الإعلان ، ولم يحدد ميعاد التظلم في نصوص القانون الوضعي المصري رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية ، ويعتقد أن ميعاد التظلم هو ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ . ومع ذلك ، تنص المادة الثانية من القانون الوضعي المصري رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية على أن للنائب العام أن يلغى القرار الصادر برفع دعوى الحسبة إلى المحكمة الابتدائية المختصة بنظرها ، حسب القواعد المقررة في قانون المرافعات المصري في هذا الشأن ، أو يحفظ البلاغ المقدم إلى النيابة العامة في هذا الشأن ، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره ، ويكون قراره في هذا الشأن نهائياً غير قابل للطعن عليه . ولكن إذا لم يعلن قرار النيابة العامة في هذا الشأن إلى الخصم ، فإن

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الوسيط في قانون المرافعات - ١٩٩٩ - الدار الجامعية للنشر بالأسكندرية - ص ٢٥٤ .

٢ - فنظراً لأن القانون الوضعي المصري رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية قد حول النيابة العامة في مصر سلطة رفع دعوى الحسبة إلى المحكمة الابتدائية المختصة ، حسب القواعد المقررة في قانون المرافعات المصري في هذا الشأن ، أو يحفظ البلاغ المقدم في هذا الشأن ، فإنه - وفي هذه الحالة الأخيرة - يجوز لمقدم البلاغ أن يتظلم من قرار النيابة العامة الصادر بحفظه إلى النائب العام ، والذي يكون له إلغاء قرار النيابة العامة الصادر بحفظ البلاغ المقدم في هذا الشأن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره " المادة الثانية من القانون الوضعي المصري رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية " .

(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الوسيط - ص ٢٥٤ .

مسيعاد التظلم عندئذ لا يبدأ إلا من تاريخ إعلانه به^(١) . ومع ذلك ، سوف لا يكون هناك محلا للتظلم فى الحالة التى لا يعلن فيها قرار النيابة العامة فى هذا الشأن^(٢) .

تكسون النيابة العامة هى المدعية فى دعوى الحسبة ، إذا قررت رفعها ، ويكون لها مالمدعى من حقوق ، وعليها ما عليه من واجبات :

تنص المادة الثالثة من القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية على أنه :

" إذا قررت النيابة العامة رفع الدعوى على النحو المشار إليه فى المادتين السابقتين ، تكون النيابة العامة هى المدعية فيها ، ويكون لها مالمدعى من حقوق ، وواجبات " .

ومفاد النص المتقدم ، أنه تكون النيابة العامة هى المدعية فى دعوى الحسبة ، إذا قررت رفعها ، ويكون لها مالمدعى من حقوق ، وعليها ما عليه من واجبات .

يكون للنيابة العامة باعتبارها مدعيا فى دعوى الحسبة الحق فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فيها :

يكون للنيابة العامة باعتبارها مدعيا فى دعوى الحسبة الحق فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فيها^(٣) .

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الوسيط - ص ٢٥٥ .

(٢) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الوسيط فى قانون المرافعات - ١٩٩٩ - الدار الجامعية للنشر بالأسكندرية - ص ٢٥٥ .

(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الوسيط - ص ٢٥٥ .

والمطلب الخامس

المحكمة المختصة بنظر دعوى الحسبة ، على ضوء القانون
الوضعي المصري رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات
مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال
الشخصية (١)

أسند القانون الوضعي المصري رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم
إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية في
المادة الأولى منه الإختصاص بتحقيق دعوى الحسبة ، والفصل في
موضوعها للمحكمة الابتدائية :

أسند القانون الوضعي المصري رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة
دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية في المادة الأولى منه الإختصاص بتحقيق
دعوى الحسبة ، والفصل في موضوعها للمحكمة الابتدائية . ولذا ، يتعين على النيابة
لعمامة متى قررت رفع دعوى الحسبة أن يكون ذلك أمام المحكمة الابتدائية ، وليس إلى
غيرها ، فهو اختصاصا نوعيا ، مقررنا بنص القانون الوضعي المصري رقم (٣) لسنة
١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية ،
لايجوز مخالفته (٢) .

ولم يتطرق القانون الوضعي المصري رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات
مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية إلى تحديد المحكمة المختصة
محليا بنظر دعوى الحسبة . ومن ثم ، يكون تحديد الإختصاص عندئذ بالرجوع إلى
القواعد العامة في الإختصاص القضائي المحلي ، والمقررة في قانون المرافعات المصري

١ - في بيان المحكمة المختصة بتحقيق دعوى الحسبة ، والفصل في موضوعها ، أنظر : إبراهيم أمين
النفاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٦٢ .

(٢) أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - الإشارة المقدمة .

، فتكون المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها موضع المدعى عليه ، أو محل إقامته (١) .

لايجوز لمقدم البلاغ إلى النيابة العامة - من يريد رفع دعوى الحسبة - التدخل فى دعوى الحسبة ، أو الطعن فى الحكم القضائى الصادر فيها :

تنص المادة الرابعة من القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية على أنه :

" لايجوز لمقدم البلاغ التدخل فى الدعوى ، أو الطعن فى الحكم الصادر فيها " .

ومفاد النص المتقدم ، أنه لايجوز لمقدم البلاغ إلى النيابة العامة - من يريد رفع دعوى الحسبة - التدخل فى دعوى الحسبة ، أو الطعن فى الحكم القضائى الصادر فيها . فإذا قررت النيابة العامة رفع الدعوى القضائية إلى المحكمة الابتدائية المختصة ، حسب القواعد المقررة فى قانون المرافعات المصرى فى هذا الشأن ، فإن مقدم البلاغ لا يكون له أى دور فى هذه الخصومة القضائية ، لأن النيابة العامة فى مصر هى وحدها المدعية فى دعوى الحسبة " المادة الثالثة من القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية " (٢) .

كما لايجوز لمقدم البلاغ أن يتدخل فى هذه الدعوى القضائية ، أو يطعن فى الحكم القضائى الصادر فيها ، وذلك بصريح نص المادة الرابعة من القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية . لكن ليس هناك ما يمنع مقدم البلاغ من أن يؤدى دوره كشاهد ، طبقاً للقواعد العامة فى دعوى الحسبة فى الشريعة الإسلامية الفراء (٣) .

يستم نظر دعوى الحسبة فى الجلسة المحددة لنظرها بحضور ممثل النيابة العامة ، وحضور المدعى عليه فيها :

تنص المادة الخامسة من القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم

(١) أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - الإشارة المقدمة .

(٢) أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - أصول التقاضى ، وإجراءاته - ص ١٦٠ .

(٣) أنظر : إبراهيم أمين النفاوى - الإشارة المقدمة .

إجراءات مباشرة دعوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية على أنه :
 " تنظر الدعوى فى أول جلسة بحضور ممثل النيابة العامة ولو لم يحضر المدعى عليه فيها " .

ومفاد النص المتقدم ، أنه يتم نظر دعوى الحسبة فى الجلسة المحددة لنظرها بحضور ممثل النيابة العامة ، وحضور المدعى عليه فيها .
 يجرى نظر دعوى الحسبة أمام المحكمة الابتدائية المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها طبقاً للقواعد المتبعة فى نظر الدعاوى القضائية فى مسائل الأحوال الشخصية :

يجرى نظر دعوى الحسبة أمام المحكمة الابتدائية المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها طبقاً للقواعد المتبعة فى نظر الدعاوى القضائية فى مسائل الأحوال الشخصية (١) .

(١) أنظر : إبراهيم أمين النفاوى — أصول التقاضى ، وإجراءاته الإشارية المقدمة .

وفى بيان النظام القانونى لدعاوى الحسبة ، أنظر : حسن اللبىدى — دعاوى الحسبة — ١٩٨٣ — بند ١٠٦ ومايليه ، ص ١٤٤ ومابعدها .

الفصل الرابع

الإستثناء الرابع

دعوى النقابات

تمهيد ، وتقسيم :

من المسلم به أن للنقابات الحق في رفع الدعوى القضائية ، للمطالبة بحقوقها الخاصة ، وذلك كشخص معنوي له ذمة مالية مستقلة ، كدعوى التعويض التي ترفعها النقابة على من اعتدى على مال مملوك لها ، والدعوى القضائية التي ترفعها على مقاول لتنفيذ عقد أبرمه معها ^(١) .

وقد ثار التساؤل حول مدى جواز أن ترفع النقابة الدعوى القضائية للدفاع عن مصلحة ذاتية لأحد أعضائها ؟ .

الأصل أنه لايجوز للنقابة أن ترفع الدعوى القضائية للدفاع عن مصلحة ذاتية لأحد

أعضائها ، إذ لاصفة للنقابة في هذه الدعوى القضائية ، إذ أن الأمر يتعلق بمصلحة

العضو . وبالتالي ، فإن له وحده صفة في الدعوى القضائية ^(٢) ، ولكن إذا حدث ،

^(١) أنظر :

SOLUS et PERROT : OP . CIT ., N . 243 .

وانظر أيضا : عبد المنعم الشرقاوي - شرح المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٤٣ ، ص ٧٢ ، رمزي سيف - الوسيط - بند ٨٣ ، أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٢ ، ص ١٧٢ ..

٢ - أنظر : رمزي سيف : الوسيط ، بند ٨٣ ، ص ١١٨ ، فصي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، بند ٣٥ ، ص ٧٤ ، أحمد السيد صاوي : الوسيط ، بند ٩١ ، ص ١٤٧ ، صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض في قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٩١ ، ص ١٦٢ .

ونص القانون الوضعي على تخويل النقابة حق رفع هذه الدعوى القضائية ^(١) . فعندئذ ، يرى جانب من الفقه أن الصفة هنا تبقى للعامل ، وليس للنقابة . وبالتالي ، فإن الدعوى القضائية هي دعوى العامل ، وليست دعوى النقابة ^(٢) ، ووفقا لهذا الرأي ، إذا قام العامل برفع الدعوى القضائية ضد رب العمل ، فإن النقابة لا تستطيع عندئذ التدخل في الدعوى القضائية ، نظرا لانعدام الصفة لديها ، إذ أنها تكون مجرد نائباً عن العضو . ومع ذلك ، يرى جانب آخر من الفقه - ويحق - أنه وإن كان من المسلم به أن الحق المرفوعة به الدعوى القضائية هو حق العامل ، وليس حق النقابة ، إلا أن للنقابة عندئذ صفة إستثنائية مستمدة من نص القانون الوضعي ، إذ أن الصفة هي السلطة الشرعية لرفع الدعوى القضائية - سواء كانت هذه السلطة مستمدة من كون رافع الدعوى القضائية هو صاحب الحق ، أم كانت مستندة إلى نص القانون الوضعي ، وهو ما يسمى بالصفة الإستثنائية - ولذلك ، فإن النقابة تباشر الدعوى القضائية باسمها الخاص ، لما

١ - ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٩٢) من قانون العمل المصري رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ من أنه :

" للمنظمات النقابية التي تكون طرفا في عقد العمل الجماعي أن ترفع جميع الدعاوى الناشئة عن الإخلال بهذا العقد لمصلحة أى عضو من أعضائها دون حاجة إلى توكيل منه بذلك " .

٢ - أنظر : رمزي سيف : الوسيط ، بند ٨٢ ، ص ١١٧ .

لها من صفة في الدعوى القضائية ، وليس باسم العامل صاحب الحق . ومن ثم ، فإنه يجوز للنقابة إذا كانت الدعوى القضائية مرفوعة من العامل ضد رب العمل أن تتدخل في الدعوى القضائية ، لما لها عندئذ من صفة إستثنائية (١) .

ويجوز للعامل أن يتدخل في الدعوى القضائية المرفوعة من النقابة ، للدفاع عن مصلحة خاصة به ، كما يجوز له رفعها مستقلا عنها " المادة (٢/٩٢) من قانون العمل المصري رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ " (٢) .

وإذا كان القانون الوضعي يخول للأفراد الذين تجمعهم مهنة معينة ، أو حرفة محددة تكوين نقابة تضمهم ، للدفاع عن مصالحهم المشتركة ، فإنه لا يقتصر على حماية المصالح الفردية ، والخاصة ، بل إنه يحمي المصالح الجماعية أيضا ، ويقصد بالمصلحة الجماعية *Interet collectif* : المصلحة المشتركة لمجموعة من الأفراد ، تجمعهم مهنة معينة - كمهنة الطب ، أو المحاماة - أو يستهدفون غرضا معينا - كالدفاع عن حقوق المرأة ، أو الرفق بالحيوان - وليست المصلحة الجماعية عبارة عن مجموع المصالح الفردية للأفراد ، وإنما هي مصلحة مشتركة متميزة ، ومستقلة عن هذه المصالح ، وتعلو عليها (٣) ، ومثالها : مصلحة المهنة ، أو الجماعة .

١ - أنظر : صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بسند ٩١ ، ص ١٦٣ . وقارب : إبراهيم نجيب سعد : القانون القضائي الخاص ، بند ٦٥ ، ص ١٧١ ، وجدي راغب فهمي : مبادئ ، ص ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٢) أنظر : أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٢ ، ص ١٧٣ .

٣ - أنظر : سوليس ، بيرو : المرجع السابق ، الجزء الأول - بند ٢٤٥ ، ص ٢٢٠ ، فسان : المرجع السابق ، بسند ٢٥ ، ص ٤٦ ، وما بعدها ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٨٤ .

فبجانب الصفة العادية التي تثبت لمن يدعى لنفسه حقاً ، أو مركزاً قانونياً ، فإن المشرع الوضعي قد يجيز - في حالات محددة - لهيئة بالصفة في الدعوى القضائية ، تتيح لها رفع الدعوى القضائية باسمه ، بالرغم من أنها لا تطلب بحق نفسها ، وإنما لغيرها ، دون أن تكون ممثلاً قانونياً له . وبهذا ، تحل هذه الهيئة محل صاحب الصفة الأصلية في حماية الحق ، أو المركز القانوني ^(١) . ولا تجوز الصفة غير العادية " الصفة الإستثنائية " " الحلول الإجرائي " - حسب تعبير الفقه الإيطالي - إلا بنص صريح في القانون الوضعي يسمح بها ^(٢) .

وقد ثار التساؤل عن مدى جواز أن ترفع النقابة الدعوى القضائية للدفاع عن المصالح المشتركة للمهنة التي تمثلها ؟ .

فإذا كان القانون الوضعي يخول للأفراد الذين تجمعهم مهنة معينة ، أو حرفة محددة تكوين نقابة تضمهم ، للدفاع عن مصالحهم المشتركة ، فكان لا بد أن يعترف بحماية هذه المصالح الجماعية ، وكان عليه أن يعترف للشخص القانوني الذي رخص بإنشائه الصفة في رفع الدعوى القضائية ، وذلك دفاعاً عن المصلحة الجماعية التي قام من أجلها . وإذا كانت القاعدة هي الإعراف بالصفة في الدعوى القضائية لصاحب الحق ، فإن هذا يسهل تحديده بالنسبة للحقوق الفردية ، والتي تقوم على حماية مصالح فردية ، إذ أن صاحب الحق هو الفرد الذي يحمي الحق مصلحته - كالمالك ، أو الدائن ، أما بالنسبة للمصالح الجماعية ، فلا يوجد فرداً ، أو أفراداً معينين هم أصحاب هذه المصالح . ولذا ، تسند الصفة في الدعوى القضائية بالنسبة لهذه المصالح إلى شخصية جماعية . وهكذا ، ظهرت فكرة دعاوى النقابات ^(٣) . فإذا حدث اعتداء على مصلحة جماعية ، فإن الصفة في الدعوى القضائية تثبت عندئذ للهيئة التي كلفها القانون الوضعي بالدفاع عن هذه المصالح .

فإذا كانت المصلحة المراد حمايتها هي المصلحة الجماعية للنقابة ، فإن الاتجاه العام هو تخويل النقابة صفة في الدعوى القضائية ، للدفاع عن المصلحة الجماعية للنقابة ، وتأيد

^(١) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٧٩ ، ٨٠ .

^(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - المرجع السابق - ص ٨٠ .

^(٣) أنظر : وجدي راغب فهمي ، أحمد ماهر زغلول - دروس في المرافعات - ص ١٣١ .

هذا الإتجاه من المشرع الوضعى المصرى منذ سنة ١٩٤٢ " المادة (١٦) من القانون الوضعى المصرى رقم (٨٥) لسنة ١٩٤٢ " ، كما لقي هذا الإتجاه قبولا عاما من الفقه فى مجموعته ^(١) . ولذلك ، فلو حدث أثناء سير دعوى قضائية مثارة أمام القضاء أن أصبحت المصلحة الجماعية للنقابة ، فإنه يكون لها الحق فى التدخل فى هذه الدعوى القضائية ، للدفاع عن مصلحتها الجماعية ^(٢) .

وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث متتالية ، وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول : الصفة العادية " الإيجابية " ، والسلبية " للنقابات فيما ترفعه من دعاوى قضائية ، وفيما يرفع عليها منها ، وذلك للمطالبة بحقوقها الخاصة ، أو لتنفيذ إستراتيجياتها " حق النقابة - باعتبارها شخصا معنويا له ذمة مالية - فى أن ترفع الدعاوى القضائية ، للمطالبة بحقوقها الخاصة ، طبقا للقواعد العامة " .

المبحث الثانى : الصفة غير العادية للنقابة " الصفة الإستثنائية " " الحلول الإجرائى " - حسب تعبير الفقه الإيطالى - فى رفع جميع الدعاوى القضائية الفردية باسمها ، للمطالبة بالحقوق الخاصة الذاتية للعمال المنضمين إليها ، بناء على عقد العمل المشترك ، والذى تكون طرفا فيه ، والتى تنشأ عن الإخلال بهذا العقد ، إذا أخل ذلك بمصلحة عضو من أعضائها ، دون حاجة إلى توكيل منه بذلك .

والمبحث الثالث : صفة النقابة فى رفع الدعوى القضائية الإلزامية لحماية مصالح العمال الجماعية " الدفاع عن المصالح المشتركة للمهنة التى تمثلها ، والتى قامت من أجلها " " الصفة فى الدعوى القضائية دفاعا عن مصلحة جماعية " .

١ - أنظر : رمزى سيف : الوسيط ، بند ٨٤ ، ص ١٢٥ ، عبد المنعم الشراوى : نظرية المصلحة فى الدعوى ، الرسالة المشار إليها ، بند ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، وجدى راغب فهمى : مبادئ ، ص ١٤٩ ، فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، بند ٩٣٥ ، ص ٧٥ . أحمد السيد صاوى : الوسيط ، بند ٩١ ، ص ١٤٨ ، صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض فى قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٩١ ، ص ١٦٣ .

٢ - أنظر : صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : الإشارة المتقدمة .

المبحث الأول

الصفة العادية " الإيجابية ، والسلبية " للنقابات فيما ترفعه من دعاوى قضائية ، للمطالبة بحقوقها الخاصة ، وفيما يرفع عليها منها ، وذلك للمطالبة بحقوقها الخاصة ، أو لتنفيذ التزاماتها " حق النقابة - باعتبارها شخصا معنويا له ذمة مالية - فى أن ترفع الدعاوى القضائية ، للمطالبة بحقوقها الخاصة ، طبقا للقواعد العامة "

من المسلم به أن للنقابات الحق فى رفع الدعوى القضائية ، للمطالبة بحقوقها الخاصة ، وذلك كشخص معنوى له ذمة مالية مستقلة ، كدعوى التعويض التى ترفعها النقابة على من اعتدى على مال مملوك لها ، والدعوى القضائية التى ترفعها على مقاول لتنفيذ عقد أبرمه معها ^(١) .

^(١) أنظر :

SOLUS et PERROT : OP . CIT ., N . 243 .

وانظر أيضا : عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٤٣ ، ص ٧٢ ، رمزى سيف - الوسيط - بند ٨٣ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٢ ، ص ١٧٢ ..

المبحث الثانى

الصفة غير العادية للنقابة " الصفة الإستثنائية " " الحلول
الإجرائى " - حسب تعبير الفقه الإيطالى - فى رفع جميع
الدعاوى القضائية الفردية باسمها ، للمطالبة بالحقوق الخاصة
الذاتية للعمال المنضمين إليها ، بناء على - العمل المشترك ،
والذى تكون طرفا فيه ، والتي تنشأ عن الإخلال بهذا العقد ، إذا
أخل ذلك بمصلحة عضو من أعضائها ، دون حاجة إلى توكيل منه
بذلك

ثار التساؤل حول مدى جواز أن ترفع النقابة الدعوى القضائية للدفاع عن مصلحة ذاتية
لأحد أعضائها ؟ .
الأصل أنه لا يجوز للنقابة أن ترفع الدعوى القضائية للدفاع عن مصلحة ذاتية لأحد
أعضائها ، إذ لصفة للنقابة فى هذه الدعوى القضائية ، إذ أن الأمر يتعلق بمصلحة
العضو . وبالتالي ، فإن له وحده صفة فى الدعوى القضائية ^(١) ، ولكن إذا حدث ،
ونص القانون الوضعى على تخويل النقابة حق رفع هذه الدعوى القضائية ^(٢) . فعندئذ ،

١ - أنظر : رمزى سيف : الوسيط ، بند ٨٣ ، ص ١١٨ ، فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء
المدين ، بند ٣٥ ، ص ٧٤ ، أحمد السيد صاوى : الوسيط ، بند ٩١ ، ص ١٤٧ ، صلاح أحمد عبد
الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض فى قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٩١ ، ص ١٦٢ .

٢ - ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٩٢) من قانون العمل المصرى رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ من
أنه :

" للمنظمات النقابية التى تكون طرفا فى عقد العمل الجماعى أن ترفع جميع الدعاوى الناشئة عن الإخلال
بهذا العقد لمصلحة أى عضو من أعضائها دون حاجة إلى توكيل منه بذلك " .

يرى جانب من الفقه أن الصفة هنا تبقى للعامل ، وليس للنقابة . وبالتالي ، فإن الدعوى القضائية هي دعوى العامل ، وليست دعوى النقابة (١) ، ووفقا لهذا الرأي ، إذا قام العامل برفع الدعوى القضائية ضد رب العمل ، فإن النقابة لا تستطيع عندئذ التدخل في الدعوى القضائية ، نظرا لاعتدام الصفة لديها ، إذ أنها تكون مجرد نائباً عن العضو . ومع ذلك ، يرى جانب آخر من الفقه - ويحق - أنه وإن كان من المسلم به أن الحق المرفوعة به الدعوى القضائية هو حق العامل ، وليس حق النقابة ، إلا أن للنقابة عندئذ صفة إستثنائية مستمدة من نص القانون الوضعي ، إذ أن الصفة هي السلطة الشرعية لرفع الدعوى القضائية - سواء كانت هذه السلطة مستمدة من كون رافع الدعوى القضائية هو صاحب الحق ، أم كانت مستمدة إلى نص القانون الوضعي ، وهو ما يسمى بالصفة الإستثنائية - ولذلك ، فإن النقابة تباشر الدعوى القضائية باسمها الخاص ، لما لها من صفة في الدعوى القضائية ، وليس باسم العامل صاحب الحق . ومن ثم ، فإنه

١ - أنظر : رمزي سيف : الوسيط ، بند ٨٢ ، ص ١١٧ .

يجوز للنقابة إذا كانت الدعوى القضائية مرفوعة من العامل ضد رب العمل أن تتدخل في

الدعوى القضائية ، لما لها عندئذ من صفة إستثنائية (١) .

ويجوز للعامل أن يتدخل في الدعوى القضائية المرفوعة من النقابة ، للدفاع عن مصلحة خاصة به ، كما يجوز له رفعها مستقلا عنها " المادة (٢/٩٢) من قانون العمل المصري رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ " (٢) .

ويذهب جانب من الفقه إلى أنه في حالة قيام النقابة - متى كانت طرفا في عقد العمل المشترك - برفع الدعوى القضائية الناشئة - عند الإخلال به - باسم عضو منتم إليها ، دون توكيل منه ، عند الإخلال بأحكام العقد " المادة (٩٢) من قانون العمل المصري رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ " لا تكون لها عندئذ الصفة غير العادية " الصفة الإستثنائية " " الحلول الإجرائي " - حسب تعبير الفقه الإيطالي - في الدعوى القضائية ، وإنما هي صاحبة صفة إجرائية ، باعتبارها ممثلا قانونيا للعامل . بدليل أن الدعوى القضائية إن رفعت من النقابة ، يمكن للعامل - بالرغم من ذلك - النزول عنها ، ويؤدي ذلك إلى انقضائها (٣) .

١ - أنظر : صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض في قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٩١ ، ص ١٦٣ . وقارب : إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص ، بند ٦٥ ، ص ١٧١ ، وجلي راغب فهمي : مبادئ ، ص ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٢) أنظر : أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٢ ، ص ١٧٣ .

(٣) أنظر : فتحى والى - الوسيط في قانون القضاء المدني - بند ٣٥ ، ص ٧٤ ، أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٦ ، ص ١٧٣ ، بشندى عبد العظيم أحمد - حماية الغير في قانون المرافعات - رسالة للحصول على د.ح - مكتوراه في القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٩٠ - ص ٣٠٢ .

وقد يعتدى شخص على أحد أعضاء مهنة معينة أثناء عمله ، بصورة تمس المهنة نفسها . فعندئذ ، ينشأ عن هذا الإعتداء دعويين قضائيتين ، وهما : دعوى قضائية فردية لكل عضو أضررت مصلحته الذاتية ، ودعوى قضائية جماعية للنقابة ، للدفاع عن المصلحة الجماعية للمهنة . ولذا ، فإنه يجوز لكل منهما رفع دعوى قضائية مستقلة ، كما أنه يجوز لأحدهما التدخل في الإجراءات التي يبدأها الآخر ، وذلك التمسك بدعواه القضائية ، ولا يشترط عندئذ أن تكون مصلحة النقابة ، أو الجمعية مباشرة ، بل يكفي أن تكون مصلحة محتملة - أي وقالية - وهي احتمال أن يصيب النقابة ضرراً من صدور الحكم في الخصومة القضائية على من تطلب النقابة الإلتزام إليه ^(١) ، بل قد توسع القضاء بـ "تدخل النقابة إلى جانب أحد أعضائها ، حتى ولو كانت المصلحة التي تعود عليها لحة غير مباشرة ، ومثال ذلك : حكم محكمة القضاء الإداري في مصر ، والذي سب فيه : " أن للنقابة التدخل إلى جانب المحامي في الدفاع عن حقه في العودة إلى وظيفته ، لأن من أهداف النقابة توفير العمل القانوني لأعضاء " ^(٢) .

وبالنتالي ، فتحقيقاً للأهداف المتوخاة من إنشاء النقابة ، فإنه يجب السماح لها بالتدخل منضمة إلى أحد أعضائها ، وذلك للدفاع عن هذا العضو ، لما في ذلك من مصلحة تعود عليها من مساعدة هذا العضو ، وهي تتمثل في قيامها بالعمل على تنفيذ الأغراض التي شنت من أجلها ^(٣) .

١ - أنظر : وحدي راغب فهمي : مبادئ ، ص ١٥٢ ، فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، بند ٣٥ ، ص ٧٦ .

٢ - أنظر : حكم محكمة القضاء الإداري - جلسة ١٦ / ٦ / ١٩٧٧ - اغمام المصرية - ٥٨ - العدد الثالث ، والرابع - ص ٥١ ، وما بعدها .

٣ - أنظر : صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض في قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٩١ ، ص ١٦٥ .

والمبحث الثالث

صفة النقابة في رفع الدعوى القضائية الآتية لحماية مصالح
العمال الجماعية " الدفاع عن المصالح المشتركة للمهنة التي
تمثلها ، والتي قامت من أجلها " " الصفة في الدعوى القضائية
دفاعا عن مصلحة جماعية " ١

يخول القانون الوضعي للأفراد الذين تجمعهم مهنة معينة ، أو حرفة محددة تكوين نقابة
تضمهم ، للدفاع عن مصالحهم المشتركة ، ولا يقتصر القانون الوضعي على حماية
المصالح الفردية ، والخاصة ، بل إنه يحمي المصالح الجماعية أيضا ، ويقصد بالمصلحة
الجماعية *Interet collectif* : المصلحة المشتركة لمجموعة من الأفراد ، تجمعهم
مهنة معينة - كمهنة الطب ، أو المحاماة - أو يستهدفون غرضا معينا - كالدفاع عن
حقوق المرأة ، أو الرفق بالحيوان - وليست المصلحة الجماعية عبارة عن مجموع
المصالح الفردية للأفراد ، وإنما هي مصلحة مشتركة متميزة ، ومستقلة عن هذه المصالح
، وتعلو عليها (٢) ، ومثالها : مصلحة المهنة ، أو الجماعة .

فبجانب الصفة العادية التي تثبت لمن يدعى لنفسه حقا ، أو مركزا قانونيا ، فإن المشرع
الوضعي قد يجيز - في حالات محددة - لهيئة بالصفة في الدعوى القضائية ، تجيز لها
رفع الدعوى القضائية باسمه ، بالرغم من أنها لا تطالب بحق لنفسها ، وإنما لغيرها ، دون
أن تكون ممثلا قانونيا له . وبهذا ، تحل هذه الهيئة محل صاحب الصفة الأصلية في

١ - في بيان أحكام الصفة في الدفاع عن الجماعة ، أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني -
الجزء الثاني - التقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٨٢ ، وما بعدها ، عاشور مبروك -
الوسيط - الكتاب الأول - ص ٥٢٦ ، وما بعدها .

٢ - أنظر : سوليس ، بيرو : المرجع السابق ، الجزء الأول - بند ٢٤٥ ، ص ٢٢٠ ، فيسان : المرجع
السابق ، بند ٢٥ ، ص ٤٦ ، وما بعدها ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني -
التقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٨٤ .

حماية الحق ، أو المركز القانوني ^(١) . ولا تجوز الصفة غير العادية " الصفة الإستثنائية " " الحلول الإجرائي " - حسب تعبير الفقه الإيطالي - إلا بنص صريح في القانون الوضعي يسمح بها ^(٢) .

وتشبه الصفة غير العادية " الصفة الإستثنائية " " الحلول الإجرائي " - حسب تعبير الفقه الإيطالي - الصفة الإجرائية في أن شخصا من الغير لا يدعى لنفسه حقا يباشر الدعوى القضائية ، إلا أن الفارق بينهما يظل شاسعا ، إذ أن صاحب الصفة غير العادية " الصفة الإستثنائية " " الحلول الإجرائي " - حسب تعبير الفقه الإيطالي - يكون له حق الدعوى القضائية ، ويباشر الدعوى القضائية باسمه ، لا باسم الشخص الآخر ، صاحب الصفة الأصلية ، في حين أن صاحب الصفة الإجرائية ^(٣) له حق الدعوى القضائية أصلا ، وإنما يباشرها باسم من يمثله ، وليس باسمه الخاص ^(٤) .

وقد ثار التساؤل عن مدى جواز أن ترفع النقابة الدعوى القضائية للدفاع عن المصالح المشتركة للمهنة التي تمثلها ؟ .

^(١) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - النقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٧٩ ، ٨٠ .

^(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - المرجع السابق - ص ٨٠ .

^(٣) أنظر : محمود محمد هاشم - الإشارة المتقدمة .

٤ - ويذهب جانب من الفقه إلى أنه في حالة قيام النقابة - متى كانت طرفا في عقد العمل المشترك - برفع الدعاوى القضائية الناشئة - عند الإخلال به - باسم عضو منتم إليها ، دون توكيل منه ، عند الإخلال بأحكام العقد " المادة (٩٢) من قانون العمل المصري رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ " لا تكون لها عندئذ الصفة غير العادية " الصفة الإستثنائية " " الحلول الإجرائي " - حسب تعبير الفقه الإيطالي - في الدعوى القضائية ، وإنما هي صاحبة صفة إجرائية ، باعتبارها ممثلا قانونيا للعامل ، بدليل أن الدعوى القضائية إن رفعت من النقابة ، يمكن للعامل - بالرغم من ذلك - اللجوء إليها ، ويؤدي ذلك إلى انقضائها ، أنظر : فتحى والى - الوسيط في قانون القضاء المدني - بند ٣٥ ، ص ٧٤ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٦ ، ص ١٧٣ ، بشندى عبد العظيم أحمد - حماية الغير في قانون المرافعات - رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٩٠ - ص ٣٠٢ .

إذا كان القانون الوضعي يخول للأفراد الذين تجمعهم مهنة معينة ، أو حرفة محددة تكوين نقابة تضمهم ، للدفاع عن مصالحهم المشتركة ، فكان لابد أن يعترف بحماية هذه المصالح الجماعية ، وكان عليه أن يعترف للشخص القانوني الذي رخص بإنشائه الصفة في رفع الدعوى القضائية ، وذلك دفاعاً عن المصلحة الجماعية التي قام من أجلها . وإذا كانت القاعدة هي الاعتراف بالصفة في الدعوى القضائية لصاحب الحق ، فإن هذا يسهل تحديده بالنسبة للحقوق الفردية ، والتي تقوم على حماية مصالح فردية ، إذ أن صاحب الحق هو الفرد الذي يحمي الحق مصلحته - كالمالك ، أو الدائن ، أما بالنسبة للمصالح الجماعية ، فلا يوجد فرداً ، أو أفراداً معينين هم أصحاب هذه المصالح . ولذا ، تسند الصفة في الدعوى القضائية بالنسبة لهذه المصالح إلى شخصية جماعية . وهكذا ، ظهرت فكرة دعاوى النقابات ^(١) . فإذا حدث اعتداء على مصلحة جماعية ، فإن الصفة في الدعوى القضائية تثبت عندئذ للهيئة التي كلفها القانون الوضعي بالدفاع عن هذه المصالح .

فإذا كانت المصلحة المراد حمايتها هي المصلحة الجماعية للنقابة ، فإن الاتجاه العام هو تحويل النقابة صفة في الدعوى القضائية ، للدفاع عن المصلحة الجماعية للنقابة ، وتأييد هذا الاتجاه من المشرع الوضعي المصري منذ سنة ١٩٤٢ " المادة (١٦) من القانون الوضعي المصري رقم (٨٥) لسنة ١٩٤٢ " ، كما لقي هذا الاتجاه قبولا عاماً من الفقه في مجموعته ^(٢) . ولذلك ، فلو حدث أثناء سير دعوى قضائية مثارة أمام القضاء أن أصبحت المصلحة الجماعية للنقابة ، فإنه يكون لها الحق في التدخل في هذه الدعوى القضائية ، للدفاع عن مصلحتها الجماعية ^(٣) .

^(١) أنظر : وجدى راغب فهمي ، أحمد ماهر زغلول - دروس في المرافعات - ص ١٣١ .

٢ - أنظر : رمزي سيف : الوسيط ، بند ٨٤ ، ص ١٢٠ ، عبد المنعم الشرفاوى : نظرية المصلحة في الدعوى ، الرسالة المشار إليها ، بند ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، وجدى راغب فهمي : مبادئ ، ص ١٤٩ ، فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، بند ٩٣٥ ، ص ٧٥ . أحمد السيد صاوى : الوسيط ، بند ٩١ ، ص ١٤٨ ، صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض في قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٩١ ، ص ١٦٣ .

٣ - أنظر : صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : الإشارة المقدمة .

وقد يعتدى شخص على أحد أعضاء مهنة معينة أثناء عمله ، بصورة تمس المهنة نفسها . فعندئذ ، ينشأ عن هذا الإعتداء دعويين قضائيين : وهما : دعوى قضائية فردية لكل عضو أضررت مصالحته الذاتية ، ودعوى قضائية جماعية للنقابة ، للدفاع عن المصلحة الجماعية للمهنة . ولذا ، فإنه يجوز لكل منهما رفع دعوى قضائية مستقلة ، كما أنه يجوز لأحدهما التدخل فى الإجراءات التى يبدأها الآخر ، وذلك للتمسك بدعواه القضائية ، ولايشترط عندئذ أن تكون مصلحة النقابة ، أو الجمعية مباشرة ، بل يكفى أن تكون مصلحة محتملة - أى وقائية - وهى إحتمال أن يصيب النقابة ضرراً من صدور الحكم فى الخصومة القضائية على من تطلب النقابة الإنضمام إليه ^(١) ، بل قد توسع القضاء فى قبول تدخل النقابة إلى جانب أحد أعضائها ، حتى ولو كانت المصلحة التى تعود عليها مصلحة غير مباشرة ، ومثال ذلك : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر ، والذى قضت فيه : " أن للنقابة التدخل إلى جانب المحامى فى الدفاع عن حقه فى العودة إلى وظيفته ، لأن من أهداف النقابة توفير العمل للقانونى للأعضاء " ^(٢) .

وبالتالى ، فتحقيقاً للأهداف المتوخاة من إنشاء النقابة ، فإنه يجب السماح لها بالتدخل منضمة إلى أحد أعضائها ، وذلك للدفاع عن هذا العضو ، لما فى ذلك من مصلحة تعود عليها من مساعدة هذا العضو ، وهى تتمثل فى قيامها بالعمل على تنفيذ الأغراض التى أنشئت من أجلها ^(٣) .

١ - أنظر : جدى راغب فهمى : مبادئ ، ص ١٥٢ ، فتحي والى : الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، بند ٣٥ ، ص ٧٦ .

٢ - أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى - جلسة ١٦ / ٦ / ١٩٧٧ - المحاماه المصرية - ٥٨ - العدد الثالث ، والرابع - ص ٥١ ، ومابعدها .

٣ - أنظر : صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض فى قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٩١ ، ص ١٦٥ .

والفصل الخامس

الإستثناء الخامس

دعاوى الجمعيات

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى مبحثين متتاليين ، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : صفة الجمعية - باعتبارها شخصا معنويا له ذمة مالية مستقلة -
في رفع الدعاوى القضائية ، للمطالبة بحقوقها الخاصة ، طبقا للقواعد العامة .

والمبحث الثاني : مدى إمكانية الاعتراف للجمعيات بصفة في الدعاوى القضائية ،
دفاعا عن المصالح المشتركة لأعضائها ، أو عن الهدف الذي تستهدفه ؟ .
وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

المبحث الأول

صفة الجمعية - باعتبارها شخصا معنويا له ذمة مالية مستقلة
- فى رفع الدعاوى القضائية ، للمطالبة بحقوقها الخاصة ، طبقا
للقواعد العامة

من المسلم به أن للجمعيات الحق فى رفع الدعاوى القضائية ، للمطالبة بحقوقها الخاصة ، وذلك كشخص معنوى له ذمة مالية مستقلة . فلجمعية - باعتبارها شخصا معنويا له ذمة مالية مستقلة - صفة فى الدعاوى القضائية التى ترفع للمطالبة بحقوقها الخاصة ، طبقا للقواعد العامة (١) ، كدعوى التعويض التى ترفعها الجمعية على من اعتدى على مال مملوك لها ، والدعوى القضائية التى ترفعها على مقاول لتنفيذ عقد أبرمه معها (٢) . فللجمعيات الصفة العادية فيما ترفعه من دعاوى قضائية ، وفيما يرفع عليها منها ، وذلك للمطالبة بحقوقها الخاصة ، أو لتنفيذ إلتزاماتها (٣) .

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى ، أحمد ماهر زغلول - دروس فى المرافعات - ص ١٣٢ .

(٢) أنظر :

SOLUS et PERROT : OP . CIT ., N . 243 .

وانظر أيضا : عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٤٣ ، ص ٧٢ ، رمزى سيف - الوسيط - بند ٨٣ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٠٢ ، ص ١٧٢ .

(٣) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - النقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٨٧ .

والمبحث الثانى

مدى إمكانية الإعراف للجمعيات بصفة فى الدعاوى القضائية ،
دفاعا عن المصالح المشتركة لأعضائها ، أو عن الهدف الذى
تستهدفه ؟

الأصل أنه لا يجوز للجمعية أن ترفع الدعوى القضائية للدفاع عن حق خاص بأحد أعضائها ، إذ لصفة لها فى ذلك . فلا يكون للجمعيات صفة فى الدعاوى القضائية التى تقيمها دفاعا عن أعضائها ، ومرجع هذا ، أنها لا تمثلهم . كما أن القانون الوضعى لا يمنحها سلطة إقامة مثل هذه الدعاوى القضائية ^(١) . وقد ثار التساؤل حول ما إذا كان يمكن للجمعيات أن تتدخل فى دعوى قضائية يكون طرفا فيها أحد أعضائها ، بهدف مساعدته ، والإعراف له بالحق الذى ينازعه فيه الغير ، أو يطالب هو به ، فذهب جانب من الفقه إلى نفي هذا الحق عن الجمعيات ، لأنها لا تستطيع المطالبة بالحق المتنازع فيه لأعضائها ، لأن ذلك يعتبر مناقضا لمبدأ حجية الأمر المقضى فيه ، والذى لا يسمح إلا للأطراف فقط بالطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، ويؤسس أنصار هذا الرأى رأيهم على أساس إنعدام المصلحة لدى هذه الجمعيات فى التدخل عندئذ فى الدعوى القضائية ، ولا تستطيع الجمعيات التمسك بالحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية إلا باعتباره سابقة ملائمة بالنسبة للدعاوى القضائية التى يمكن أن ترفع فيما بعد ، فلا توجد حينئذ حتى مصلحة محتملة ، بحيث يمكن أن تحدث الحالة نفسها مرة أخرى ^(٢) .

وقد أيد القضاء فى فرنسا فى البداية هذا الاتجاه ، ورفضت أحكاما قضائية عديدة تدخل للجمعية فى دعوى قضائية يكون طرفا فيها أحد أعضائها ، لاسيما الحكم القضائى

^(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الدعوى ، وإجراءاتها - ١٩٩٠ - منشأة المعارف بالإسكندرية -
بند ٣٣ ، ص ٨٥ .

وانظر أيضا : نقض مدق مصرى - جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠ - السنة ٨٦٧/١٨ .

٢ - أنظر :

BONCENNE et BOURBEAU : Theroie de la procedure , tome . I ,
P . 123 .

الصادر من محكمة Rennes برفض التدخل من طائفة الموثقين ، في الدعوى القضائية المثارة بين أحد الموثقين ، وبين عميل له ، كان قد امتنع عن دفع أتعابه ، ثم أودع مبلغا معيناً ، وادعى الموثق إمتناع العميل عن الدفع ، فتدخلت طائفة الموثقين إلى جانبه ، ولكن هذا التدخل رفض ، لأن هذا النزاع لا يخص سوى الموثق ، والذي يملك كل الوسائل لمناقشته ، كما أن هذه المنازعة لا تعرض المصلحة العامة لمجموع الموثقين للخطر (١) .

كما صدر حكم محكمة Cherbourg ، والذي رفضت فيه تدخل وكيل الدائنين " السنديك " لطائفة الموثقين ، في خصومة قضائية مدنية خاصة بتنظيم الأتعاب المرفوعة من المورث ضد مسجل الرهون ، على أساس أن الدعوى القضائية لاتهم حقوق طائفة الموثقين ، لأن الحكم القضائي الصادر عندئذ في الدعوى القضائية - أيا كان الحل الذي يعطيه للموثق - ليس من طبيعته أن يعدل ، أو يقيد من الإختصاصات الخاصة بمجموع الموثقين (٢) .

ولكن هذه النظرية هجرت تماما ، واستقر الفقه على أن الجمعية ، وإن لم يكن لها مصلحة مالية لمنحها حق التدخل في دعوى قضائية يكون طرفا فيها أحد أعضائها ، إلا أنه يمكن أن يوجد لها مصلحة أدبية ، تكفي لإجازة التدخل فيها (٣) .

وقد صدر حكما قضائيا من محكمة النقض الفرنسية قررت فيه أن طائفة الحجاب ، والموثقين يمكنهم التدخل في المنازعات التي تخص أعضاء كل منها (٤) . كما صدر

١ - أنظر :

Rennes , 4 Juillet , 1865 , D . P . 1865 . 2 . 186 .

٢ - أنظر :

Cherbourg , 20 Novembre , 1883 , D . P . 1885 . 2 . 59 .

٣ - أنظر :

BIOCHE , BILLEQUIN , BOITARD , COLMET d'AGE et R .

نقلا عن رسالة HENRIOT ، ص ٦٤ ، وانظر أيضا من أنصار هذا الاتجاه :

GARSONNET : OP . CIT . , Tome . 2 , NO . 936 , P . 221 ;
CHEAUVEAU et CARRE : Procedure civile et commerciale ,
tome . 3 , P . 202 .

٤ - أنظر :

Cassation , 24 Juillet 1870 , S . 1872 . 1 . 122 .

حكما قضائيا آخر من محكمة باريس ، ومن دائرة الطعون ، قررت فيه أن الجمعية ، أو النقابة يمكنهما التدخل في خصومة قضائية تهم أحد أعضائها ، بقصد الإعراف له بالحق ، أو الأتعاب الذى ينازع عليه ^(١) .

أما قس القانون الوضعى المصرى ، فالأصل أنه لايجوز للجمعية أن ترفع الدعوى القضائية ، للدفاع عن مصلحة ذاتية لأحد أعضائها ، حيث لاصفة لها عندئذ فيها ، إذ أن الأمر يتعلق بمصلحة العضو . وبالتالي ، فإن له وحده صفة فى رفعها أمام القضاء ^(٢) . ومع ذلك ، يمكن للجمعية أن تتدخل إنضماميا إلى جانب أحد الأعضاء فيها ، فى دعوى قضائية يكون طرفا فيها ، بهدف مساعدته ، والإعراف له بالحق الذى ينازعه فيه الغير ، أو يطالب هو به ^(٣) ، ولايشترط عندئذ أن تكون مصلحة الجمعية مباشرة ، بل يكفى أن تكون مصلحة محتملة - أى وقائية - وهى احتمال أن يصيبها ضررا من صدور الحكم فى الخصومة القضائية المدنية ، على من تطلب الجمعية الإنضمام إليه ^(٤) ، بل ولقد توسعت أحكام القضاء فى قبول تدخل الجمعية إلى جانب أحد أعضائها ، حتى ولو كانت المصلحة التى تعود عليها مصلحة غير مباشرة ^(٥) . وبالتالي ، فتحقيقا للأهداف المستوخاة من إنشاء الجمعية ، فإنه يجب السماح لها بالتدخل منضمة إلى أحد أعضائها ،

١ - أنظر :

Requettes , 25 Juillet 1870 . D . 1872 . 1 . 25 .

٢ - أنظر : رمزى سيف : الوسيط ، بند ٨٣ ، ص ١١٨ ، فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، بسند ٣٥ ، ص ٧٤ ، أحمد السيد صاوى : الوسيط ، بند ٩١ ، ص ١٤٧ ، صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض فى قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٩١ ، ص ١٦٢ .

٣ - أنظر : مرتان - جوريس كلاسر - ١٩٨٠ - ٣ - التدخل - رقم (٤٥) ، بشندى عبد العظيم - حماية الغير فى قانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - ص ٣٠٨ .

٤ - أنظر : صلاح أحمد عبد الصادق أحمد : الإشارة المقدمة .

٥ - أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى - جلسة ١٦ / ٦ / ١٩٧٧ - الخاماه المصرية - ٥٨ - العدد الثالث ، والرابع - ص ٥١ ، ومابعدها .

وذلك للدفاع عن هذا العضو ، لما فى ذلك من مصلحة تعود عليها من مساعدة هذا العضو ، وهى تتمثل فى قيامها بالعمل على تنفيذ الأغراض التى أنشئت من أجلها ^(١) .
وقد اختلف الرأى حول مدى حق الجمعيات فى رفع الدعاوى القضائية دفاعا عن المصلحة المشتركة لأعضائها ؟ ، فلم تحظ الجمعيات بما حظت به النقابات فى هذا الخصوص .

وقد ترددت أحكام القضاء فى الإعراف للجمعية بصفة فى الدعاوى القضائية دفاعا عن المصلحة المشتركة لأعضائها ، أو عن الغرض الذى أنشئت من أجله ، وذلك على أساس أنها - وعلى عكس النقابة - لا تمثل مهنة أعضائها ، وإنما هى تدافع عن مصالح عامة .
ولذا ، فإن الإعراف للجمعيات بالصفة فى الدعاوى القضائية دفاعا عن هذه المصالح يمس سلطة النيابة العامة ، والتى يخولها القانون الوضعى هذه الصفة ^(٢) ، فقد تحفظ القضاء فى فرنسا فى تخويل الجمعيات الحق فى رفع الدعاوى القضائية ، حماية للمهنة ، أو الغرض الذى أنشئت من أجله . وأساس ذلك ، أن الجمعية - على عكس النقابة - لا تمثل مهنة الأعضاء المنتمين إليها ^(٣) .

وقد انتقد تحفظ القضاء فى فرنسا فى تخويل الجمعيات الحق فى رفع الدعاوى القضائية ، حماية للمهنة ، أو الغرض الذى أنشئت من أجله ، إذ لا يصح التفرقة بين النقابة ،

١ - أنظر : صلاح أحمد، عبد الصادق أحمد : نظرية الخصم المعارض فى قانون المرافعات ، الرسالة المشار إليها ، بند ٩١ ، ص ١٦٥ .

^(٢) أنظر : فتمان ، جنسار : المرجع السابق ، بند ٣٢ ، ص ٩٥ ، وما بعدها ، كوشيز : المرجع السابق ، الطبعة الثانية - ١٩٨١ - بند ١٥٥ ، عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة فى الدعاوى - الرسالة المشار إليها - بند ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، جدى واغب فهمى - ص ١٥٢ ، وبالإشتراك مع / أحمد ماهر زغلول : دروس فى المرافعات - ص ١٣٢ ، ١٣٣ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٣٢ ، ص ٧٧ .

^(٣) أنظر : العشماوى المرجع السابق ، ص ٥٩٩ ، ٦٠٠ .

وانظر أيضا : حكم الدوائر المجمععة بحكمة النقض الفرنسية ، والصادر فى :

15 Juin . 1023 . S . 1924 . 1 . 49 .

وانظر فى عرض موقف القضاء فى فرنسا :

SOLUS et PERROT : OP . CIT . , N. 250 et s ; CUCHE et VINCENT : OP . CIT . , P P . 25 et 61 .

والجمعية ، فكلاهما يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة لأعضائها . ومن ثم ، يتعين تحويل الجمعية - كالتقابة - الحق في الدفاع عن المصالح الجماعية للمهنة ، أو الغرض الذي أنشئت من أجله ، فالمفارقة في هذا الخصوص بين التقابة ، والجمعية مفارقة غريبة ، ولا تستند على شيء من المنطق ، لأن كلا منهما عبارة عن جماعة قامت من أجل هدف محدد ^(١) . كما أنه إذا كان قد تم الإعراف بالجمعية ، وبالشخصية القانونية لها ، للدفاع عن مصلحة معينة قامت من أجلها ، فإنه ينبغي الإعراف لها بالصفة في الدعوى القضائية دفاعا عن هذه المصلحة ، لوحدة الهدف الذي قامت من أجله . فضلا عن أن المشرع الوضعي كان قد اعترف بحق التقاضي للشخص الاعتباري " المادة (٥٣) من القانون المدني المصري " ، والجمعية تعد شخصا قانونيا ، فلا يكون من المنطق عدم الإعراف لها بالصفة في الدعوى القضائية للدفاع عن هدفها الذي قامت من أجله ^(٢) .

فينبغي الإعراف للجمعيات بالصفة في الدعاوى القضائية دفاعا عن المصالح المشتركة لأعضائها ، وعن الأغراض التي أنشئت من أجلها ، وذلك تمكينا لها من تحقيق أهدافها ، ولأنه من غير المستساغ أن تقبل الدعوى القضائية لأن أرباب المهنة قد اجتمعوا في صورة نقابة ، ولاتقبل لأنهم قد اجتمعوا في صورة جمعية ، في حين أن الهدف من إنشاء الجماعة يكون واحدا في الصورتين ^(٣) . كما أنه تتوافر الصفة لدى الجمعيات في الدفاع عن أهدافها ، باعتبار أنها شخصا اعتباريا له حق التقاضي ، فيعمل الإعراف بالشخصية المعنوية للجمعيات ^(٤) ، الإعراف بصفتها في الدعاوى القضائية ، دفاعا عن الأغراض

(١) أنظر : رمزي سيف - الوسيط - بند ٨٥ .

(٢) أنظر : رمزي سيف - الوسيط - بند ٨٥ ، وجدى راغب فهمي - مبادئ الخصومة - ص ١٥٣ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - ص ١٧٩ ، فتحى والى - الوسيط في قانون القضاء المدني - بند ٣٢ ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - التقاضي أمام القضاء المدني - ١٩٩١/١٩٩٠ - ص ٨٧ .

(٣) أنظر : أنظر : وجدى راغب فهمي - مبادئ الخصومة - ص ١٥٣ ، وبالإشتراك مع / أحمد ماهر زغلول : دروس في المرافعات - ص ١٣٣ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - ص ١٧١ ، أمينة مصطفى النمر - الدعوى ، وإجراءاتها - ١٩٩٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٣٣ ، ص ٨٥ ، فتحى والى - المرافعات - بند ٣٥ .

٤ - للجمعية الشخصية الاعتبارية - شأنها في ذلك شأن النقابة .

التي أنشئت من أجلها . فالشخصية المعنوية ليست سوى أداة من أدوات الفن القانوني ، لحماية المصالح الجماعية ، والدفاع عنها ، والدعوى القضائية من أهم وسائل هذا الدفاع . ولذا ، فقد عنى القانون الوضعي المصري بالنص بصفة خاصة على حق التقاضي للشخص المعنوي " المادة (٥٣) من القانون المدني المصري " . ولذا ، فإن عدم الإعراف للجمعية بالصفة في الدعوى القضائية دفاعاً عن أغراضها ، إنما يحد من شخصيتها ، ويتنافى مع الإعراف بها ^(١) .

بينما أيد القضاء في مصر تخويل الجمعيات الحق في رفع الدعوى القضائية ، حماية للمهنة ، أو الغرض الذي أنشئت من أجله ، فقضت محكمة القضاء الإداري بأنه : " الإتحاد النسائي جمعية تقوم على الدفاع عن حقوق المرأة الاجتماعية ، والسياسية ، فإذا كان القرار المطعون فيه قد استند في ترك تعيين المدعية في الوظائف الفنية لمجلس الدولة في مصر على عدم ملائمة الوظيفة لأئوبتها ، فإن للإتحاد النسائي الحق في التدخل دفاعاً عن مبادئه ، وقياماً على أداء رسالته " ^(٢) .

^(١) أنظر : وجدي راغب فهمي ، أحمد ماهر زغلول - دروس في المرافعات - ص ١٣٣ .

^(٢) أنظر : حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في جلسة ١٩٥٢ / ٢ / ٢٠ - مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري - السنة (٦) - ص ٤٨٤ ، حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٢ / ٢ / ٧ - مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري - السنة (٦) - ص ٤٣٥ ، حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة ١٩٥١ / ١ / ٢٤ - مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري - السنة (٥) - ص ٤٧١ .

الخاتمة

الأصل أن صاحب الحق في الدعوى القضائية هو صاحب الحق الموضوعي ، فثبتت الصفة العادية في رفع الدعوى القضائية لمن يدعى لنفسه حقاً ، أو مركزاً قانونياً . غير أن هناك ثمة حالات منح فيها القانون الوضعي الحق في ممارسة الدعوى القضائية لشخص آخر غير صاحب الحق الموضوعي ، مع احتفاظ صاحب الحق الموضوعي هو أيضاً بالحق في ممارسة دعواه القضائية . ويقوم غير صاحب الحق الموضوعي بالدفاع عنه ، بشروط خاصة ، منها : أن هذا الأخير قد أهمل في صيانة حقوقه ، ويتم هذا الدفاع ليس باعتباره نائباً عن الأصل ، وليس باعتباره ممثلاً له ، ومن أحله القانون الوضعي في هذه الأحوال يعتبر مخلصاً باسمه الخاص ، ومترافعا عن حق غيره . ومع ذلك ، فهو يعتبر خصماً أصلياً في الدعوى القضائية ، ومدافعاً عن حق غيره ، ومادام هو كذلك ، فإنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للمخاصمة في الدعوى القضائية . وكذلك ، سائر شروط قبول الدعوى القضائية ، من مصلحة ، وصفة . أما المصلحة ، فتقوم لديه من صيانة حق غيره ، والذي يحقق بصيانتها مصلحة خاصة له ، أو منفعة ذاتية ، وتحقق في ذات الوقت الصفة ، والتي تتوافر لدى الخصم المذكور عندئذ بثبوت الصلة الوثيقة القائمة بينه ، وبين صاحب الحق الموضوعي ، والتي تعتبر المبرر القانوني للحلول .

وجميع الحالات التي يظهر فيها التناقض كأنه محل محل غيره ، أو يستخدم مايسميه الفقه : " بالحلول الإجرائي " ما هي إلا حالات يخول فيها القانون الوضعي للشخص صفة إجرائية ، فيتم بها التقاضي لصالح ، ولحساب صاحب الصفة الموضوعية ، والإجرائية الحقيقي ، أي صاحب الحق الموضوعي ، وذلك في حالات إستثنائية ، ولاعتبارات خاصة ، يقدرها المشرع الوضعي في كل حالة على حدة .

فإذا كانت الدعوى القضائية لا تقبل - كقاعدة - أمام القضاء إلا من صاحب الحق ، أو من ينوب عنه ، وهو مآدرج الفقه ، وأحكام القضاء على التعبير عنه بشرط الصفة ، إلا أن هذا الأصل ترد عليه بعض الإستثناءات ، نظمها المشرع الوضعي المصري ، فتقبل بعض الدعاوى القضائية ، دون أن يكون رافعها هو صاحب الحق المعتدى عليه ، ومن أمثلة ذلك : الدعوى غير المباشرة ، دعاوى النيابة العامة في بعض الحالات ، دعاوى الحسبة ، ودعاوى النقابات ، والجمعيات .

فبعض الدعاوى القضائية يجوز رفعها رغم أن المصلحة فيها ليست شخصية ، أو غير مباشرة ، أي أن الميزة ، أو المنفعة المطلوبة في هذه الدعاوى القضائية مقرررة لغير

المدعى فيها ، أو أنها تعود على المدعى فيها عن طريق الغير . ويعتبر هذا إستثناء يجب أن يستند إلى القانون الوضعى ، مع ملاحظة أن المدعى فى هذه الدعاوى القضائية يقيم الدعاوى القضائية باسمه ، وليس باسم صاحب الحماية القانونية المطلوبة .

فأموال المدين هى الضمان العام للدائنين ، وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان العام ، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون الوضعى ، وقد قرر المشرع الوضعى بعض الوسائل التى من شأنها المحافظة على الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه ، حتى يتم التنفيذ بالفعل ، وهى : الدعوى غير المباشرة ، الدعوى البرهسية ، دعوى الصورية ، الإعسار القانونى ، والحق فى الحبس . فتجيز المادتان (٢٣٥) ، (٢٣٦) من القانون المدنى المصرى لدائن المدين أن يرفع دعوى قضائية للمطالبة بحقوق مدينه ، مع أنه ليست له صفة النيابة عن المدين . فالدعوى غير المباشرة هى : الدعوى القضائية التى يرفعها الدائن للمطالبة بحقوق مدينه ، دون أن ينيبه فى ذلك ، فقد فرض المشرع الوضعى المصرى هذه النيابة على المدين فى المادتين (٢٣٥) ، (٢٣٦) من القانون المدنى المصرى ، مراعاة لمصلحة الدائن ضد مدينه ، والذى يقعد - قصداً ، أو إهمالاً - عن المطالبة بحقوقه .

فقد اعترف المشرع الوضعى المصرى للدائن بالحق فى استعمال حقوق مدينه ، فيها رفع الدعاوى القضائية ، للمطالبة بحقوقه لدى الغير - متى توافرت شروط معينة - محاولة منه فى المحافظة على الضمان العام المقرر له على أموال مدينه ، بالرغم من أنه لا يختص بالحق الذى يطالب بحمايته ، إذا ما حكم له به ، وإنما يدخل فى ذمة مدينه ، والسبب يجوز للدائن بعد ذلك أن يطالب بالتنفيذ على هذا الحق ، ويدخل شريكاً مع غيره من الدائنين الآخرين فى اقتسامه .

ويتحقق الحلول أيضاً محل صاحب الحق فى الدعوى القضائية فى دعاوى الشركات التى يرفعها المساهم فردياً . فالأصل أن دعاوى الشركات تقام ممن له صفة فى تمثيلها ، أى الشريك ، أو رئيس مجلس إدارتها ، ولكن إذا تقاعس الشريك صاحب الصفة فى التمثيل ، أو مدير الشركة عن رفع الدعوى القضائية ، فإن بعضاً من القوانين الوضعية قد أجازت لأى شريك الحق فى رفع الدعوى القضائية على أعضاء مجلس الإدارة ، وتعتبر هذه حالة من حالات الحلول ، لأن المدعى فيها يستند إلى حق لا يرجع إليه ، بل إلى الشركة ، ولكنه يدعى باسمه الشخصى نيابة عن الشركة ، حيث لاصفة لديه مثلها به .

وللنيابة العامة إختصاصات إدارية مختلفة ، كالإشراف على الأعمال المتعلقة بنقود المحاكم " المادة (٢٨) من قانون السلطة القضائية المصرى " ، وإشرافها على الخزنة

، ليس من شأنه إضافة ما يودع بها لذمتها . والإشراف على العاملين المكلفين بتحصيل ، وضبط ، وصرف حصيللة الغرامات ، وسائر أنواع الرسوم ، والأمانات ، والودائع " المادة (٢٩) من قانون السلطة القضائية المصري " . والإشراف على السجون ، والأماكن التي تنفذ فيها الأحكام الجنائية " المادة (٢٧) من قانون السلطة القضائية المصري " ، بالتفتيش عليها ، والإطلاع على دفاتر السجن ، وأوامر القبض ، والحبس ، والإتصال بأى محبوس ، وسماح شكواه " المادة (٤٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري " .

كما أن للنياحة العامة إختصاصات تتعلق برعاية مصالح عديمى الأهلية ، وناقصيها ، والغائبين ، والحمل المستكن ، ولها أيضا دورا فى الإعلان القضائى " المادة (١٣) من قانون المرافعات المصري " .

وللنيابة العامة إختصاصات تتصل بأعمال القضاء " الإختصاصات القضائية " ، والتي تجد مجالها الأساسى فى المواد الجنائية ، فيثبت لها - دون غيرها - الحق فى رفع الدعوى الجنائية ، ومباشرتها ، مالم ينص القانون الوضعى على خلاف ذلك .

كما يكون للنياحة العامة دورا فى المواد التأديبية ، فهي تبأشر الدعاوى التأديبية التي ينص عليها فى القوانين الوضعية المختلفة ، مثل الدعاوى التأديبية التي ترفع على المحامين ، والتي ترفع على القضاة " المادة (٩٩) من قانون السلطة القضائية المصري " .

كما تمارس النيابة العامة دورا محدودا فى المواد المدنية ، وذلك فى صورتين أساسيتين ، فهي قد تمارسه باعتبارها طرفا أصليا ، وقد تمارسه باعتبارها عضوا مت دخلا ، أو طرفا منضمما " المادة (٩٥) من قانون المرافعات المصري " .

ولا يقتصر القانون الوضعى على حماية المصالح الفردية ، والخاصة ، بل إنه يحمى المصالح الجماعية أيضا ، ويقصد بالمصلحة الجماعية *Interet collectif* : المصلحة المشتركة لمجموعة من الأفراد ، تجمعهم مهنة معينة - كمهنة الطب ، أو المحاماه - أو يستهدفون غرضا معينا - كالنقاع عن حقوق المرأة ، أو الرفق بالحيوان ، وليست المصلحة الجماعية عبارة عن مجموع المصالح الفردية للأفراد ، وإنما هى مصلحة مشتركة متميزة ، ومستقلة عن هذه المصالح ، وتعلو عليها ، ومثالها : مصلحة المهنة ، أو الجماعة .

وإذا كان القانون الوضعى يخول للأفراد الذين تجمعهم مهنة معينة ، أو حرفة محددة تكوين نقابة تضمهم ، للدفاع عن مصالحهم المشتركة ، فكان لابد أن يعترف بحماية هذه

المصالح الجماعية ، وكان عليه أن يعترف للشخص القانوني الذي رخص بإنشائه الصفة في رفع الدعوى القضائية ، وذلك دفاعا عن المصلحة الجماعية التي قام من أجلها . وإذا كانت القاعدة هي الإعراف بالصفة في الدعوى القضائية لصاحب الحق ، فإن هذا يسهل تحديده بالنسبة للحقوق الفردية ، والتي تقوم على حماية مصالح فردية ، إذ أن صاحب الحق هو الفرد الذي يحمي الحق مصلحته - كالمالك ، أو الدائن ، أما بالنسبة للمصالح الجماعية ، فلا يوجد فردا ، أو أفرادا معينين هم أصحاب هذه المصالح . ولذا ، تسند الصفة في الدعوى القضائية بالنسبة لهذه المصالح إلى شخصية جماعية . وهكذا ، سهلت فكرة دعاوى النقابات . فإذا حدث اعتداء على مصلحة جماعية ، فإن الصفة في الدعوى القضائية تثبت عندئذ للهيئة التي كلفها القانون الوضع بالدفاع عن هذه المصالح .

والأصل أنه لا يجوز للجمعية أن ترفع الدعوى القضائية للدفاع عن حق خاص بأحد أعضائها ، إذ لصفة لها في ذلك . فلا يكون للجمعيات صفة في الدعوى القضائية التي تقيمها دفاعا عن أعضائها ، ومرجع هذا ، أنها لا تمثلهم . كما أن القانون الوضعي

لا يمنحها سلطة إقامة مثل هذه الدعوى القضائية . فليس للجمعية سوى التدخل إنضماميا في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها إلى جانب أحد الأعضاء فيها ، بهدف مساعدته ، والإعتراف له بالحق الذي ينازعه فيه الغير ، أو يطالب هو به .

قائمة بأهم المراجع

أولا : باللغة العربية

١ - المؤلفات العامة

إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون الدولي الخاص - مركز الأجانب وتنازع القوانين - طبعة ١٩٧٤ ، طبعة ١٩٩١/١٩٩٢ - بدون دار نشر .

إبراهيم أمين النقساوى - أصول التقاضى ، واجراءاته طبقا لقانون المرافعات رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، وتعديلاته بالقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ ، و (٨١) لسنة ١٩٩٦ ، و (٣) لسنة ١٩٩٦ - الكتابين الأول ، والثانى - سنة ١٩٩٨ - بدون دار نشر

إبراهيم نجيب سعد :

القانون القضائى الخاص - الجزء الأول - ١٩٧٤ ، الجزء الثانى - الخصومة القضائية أمام محاكم الدرجة الأولى - الحكم القضائى - ١٩٨٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد إبراهيم :

الفتاوى الهندية - الجزء الثانى - الطبعة الثانية .

طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية .

طرق الإثبات الشرعية .

أحمد أبو الوفا :

إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية ، والتجارية - الطبعة السادسة - ١٩٧٦

، الطبعة السابعة - ١٩٧٦ ، الطبعة الثامنة - ١٩٨٢ ، الطبعة التاسعة - ١٩٨٦ ،

الطبعة العاشرة - ١٩٩١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية النفع في قانون المرافعات - الطبعة السادسة - ١٩٨٠ - منشأة المعارف بالإسكندرية .
 قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية عشرة - ١٩٨٥ ،
 الطبعة الثالثة عشرة - ١٩٨٠ ، الطبعة الرابعة عشرة - ١٩٨٦ ، الطبعة الخامسة عشرة - ١٩٩٠ - منشأة المعارف بالإسكندرية .

أحمد الحجى الكردى :

دعوى الحسبة فى المسائل الجنائية فى الشريعة الإسلامية

أحمد السيد صاوى :

الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٨٧ ، ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة .
 أثر الأحكام بالنسبة للغير .

أحمد خليل :

قانون المرافعات المدنية ، والتجارية " الخصومة ، والحكم ، والظعن " - ١٩٩٦ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية .

أحمد فتحى سرور :

المركز القانونى للنيابة العامة - مجلة القضاء - السنة الأولى - العدد الثالث - ص ص ١٢١ - ١٢٤ .

أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد :

التفويض علما ، وعملا - الطبعة الثانية - ١٩٢٧ - مطبعة كلية الآداب بالقاهرة .

أحمد ماهر زغلول :

الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقا لمجموعة امرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها - الجزء الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الاختصاص - الطبعة الأولى - ١٩٩١ - دار أبو المجد للطباعة بالقاهرة .

أصول التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها - الجزء الأول - الطبعة الثانية - ١٩٩٤ ، الطبعة الثالثة - ١٩٩٧ - دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

أحمد مسلم :

أصول المرافعات - التنظيم القضائي ، والإختصاص ، والأحكام فى المواد المدنية ، والتجارية ، والشخصية - ١٩٦١ ، ١٩٦٨ ، ١٩٧٧ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

أحمد محمد مليجى موسى :

التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات ، معلقاً عليها بآراء الفقه ، وأحكام النقض - ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد نصر الجندى :

مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية - ١٩٨٦ .
الولاية على المال - ١٩٩٣ - المكتبة القانونية بالأسكندرية .
مبادئ القضاء الشرعى فى خمسين عاماً - الطبعة الثانية ، الجزء الأول

أحمد هندى :

قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - النظام القضائى ، والإختصاص ، والدعوى - ١٩٩٥ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية

الأخصارى حسن النيدانى :

قواعد المرافعات المدنية ، والتجارية - الكتاب الثانى - مبادئ الخصومة المدنية - ١٩٩٩ - مطابع التوحيد الحديثة - شبين الكوم - المنوفية .

أمينة مصطفى النمر :

أحكام التنفيذ الجبرى ، وطرقه - الطبعة الثانية - ١٩٧١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قوانين المرافعات - الكتاب الأول - الطبعة الأولى - ١٩٨٢ ، الطبعة الثانية - ١٩٩٢ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أنور العمروسي :

قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٧٥ - دار نشر الثقافة
بالأسكندرية .

أنور طلبية :

الإثبات في المواد المدنية ، والتجارية ، والأحوال الشخصية - الطبعة الأولى -
١٩٨٧ - دار الفكر العربي بالقاهرة .
موسوعة المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٤ - دار المطبوعات الجامعية
بالأسكندرية .

حسن كبيرة :

المدخل إلى القانون - طبعة سنة ١٩٦٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

حسنى المصرى :

القانون التجارى - الكتاب الأول - الطبعة الأولى - ١٩٨٦
، الطبعة الثانية - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

رأفت محمد حماد :

المدخل لدراسة القانون - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة
، والنشر بالأسكندرية .

رعوف عبيد :

مبادئ الإجراءات الجنائية - ١٩٧٨ .

رمزى سيف :

قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية في قانون المرافعات الجديد - الطبعة
الأولى - ١٩٥٧ - مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة .
الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثامنة -
١٩٦٨/ ١٩٦٩ ، الطبعة التاسعة - ١٩٦٩/ ١٩٧٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

سليمان مرقس :

أصول الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٥٢
- المطبعة العالمية بالقاهرة .

صوفى أبو طالب :

مبادئ تاريخ القانون - ١٩٦٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عاشور مبروك :

الوسيط فى قانون القضاء المدنى - " قوانين المرافعات " - دراسة مقارنة
بالشريعة الإسلامية - ١٩٩٦ - مكتبة الجلاء الجديد بالمنصورة .

عبد الباسط جيمعى :

مبادئ المرافعات - ١٩٧٤ ، ١٩٨٠ دار الفكر العربى بالقاهرة .

عبد الباسط جيمعى ، محمود محمد هاشم :

المبادئ العامة فى التنفيذ طبقاً لقانون المرافعات
الجديد - الطبعة الأولى - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

عبد الباسط جيمعى ، عزمى عبد الفتاح :

الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية
- الطبعة الأولى - ١٩٨٧ .

عبد الحميد أبو هيف :

المرافعات المدنية ، والتجارية ، والنظام القضائى فى مصر - الطبعة
الثانية - ١٩٢١ - مطبعة الإعتقاد بالقاهرة .
طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - الطبعة
الثانية - ١٩٢٣ - مطبعة الإعتقاد بالقاهرة.

عبد الرؤوف مهدى :

الوجيز فى قانون الإجراءات الجنائية - ١٩٨٨ - مكتبة الجلاء الجديدة
بالممنصورة .

عبد الرزاق أحمد السنهوري :

الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الخامس - العقود
التي تقع على الملكية - المجلد الثاني ، الجزء السادس - العقود الوارد على الإنتفاع
بالثمن " الإيجار والعارية " - الطبعة الأولى - ١٩٦٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة ،
الجزء السابع - العقود الواردة على العمل " المقاولة ، الوكالة ، الوديعة ، والحراسة " -
المجلد الأول - الطبعة الثانية - الطبعة الثانية - تنقيح / مصطفى الفقى - دار النهضة
العربية بالقاهرة - ١٩٨٩ .

عبد العزيز المرسى :

مبادئ الإثبات فى المسائل المدنية ، والتجارية - ١٩٩٨ - مطبعة حمادة
الحديثة بقويسنا .

عبد الكريم زيدان :

أصول الدعوى - الطبعة الثالثة - ١٩٧٥ - دار البيان بالقاهرة .

عبد المنعم الشرقاوى :

شرح المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٥٠ ، ١٩٥٦ -
دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة .

عبد المنعم الشرقاوى ، عبد الباسط جيمعى :

شرح قانون المرافعات الجديد - ١٩٧٥/١٩٧٦ -
- دار الفكر العربى بالقاهرة .

عبد الودود يحيى :

السنظرية العامة للإلتزامات - الطبعة الثانية - ١٩٨٢ - دار
النهضة العربية بالقاهرة .
الموجز فى قانون الإثبات - دار النهضة العربية بالقاهرة - سنة ١٩٨٨ .

عبد الوهاب العشماوى :

إجراءات الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - الطبعة الاولى -
١٩٨٥ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

عزى عبد الفتاح :

قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى
القاهرة .

فتحى والى :

التنفيذ الجبرى - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ ، الطبعة الثانية - ١٩٧٤ ، الطبعة
الثالثة - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .
قانون القضاء المدنى اللبنانى - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - ١٩٧٠ -
دار النهضة العربية بالقاهرة .
قانون القضاء المدنى الكويتى - دراسة لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية
، وأهم التشريعات المكمل لها - الطبعة الأولى - ١٩٧٧ - مطبعة جامعة الكويت .
الوسيط فى قانون القضاء المدنى - - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ ، الطبعة الثانية -
١٩٨٦ ، الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .
مبادئ قانون القضاء المدنى - الطبعة الأولى - ١٩٧٤ - دار النهضة العربية
بالقاهرة .

محمد العشماوى :

قواعد المرافعات فى القانون الأهلى ، والمختلط - الطبعة الأولى -
١٩٢٨ - مطبعة الإعتدال بالقاهرة .

محمد العشماوى ، وعبد الوهاب العشماوى :

قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - الجزء الثانى - سنة
١٩٥٨ - المطبعة للنموذجية بالقاهرة

محمد حامد فهمى :

المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٤٠ - مطبعة فتح
الله إلباس نورى بالقاهرة .

تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية - الطبعة الثانية
- ١٩٥٢ - مطبعة فتح الله إلياس نوري بالقاهرة .

محمد حسام محمود لطفى :
المدخل لدراسة القانون فى ضوء آراء الفقه ، وأحكام القضاء - طبعة سنة
١٩٩٠/١٩٩١ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

محمد شكرى سرور :
موجز أصول الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية " مبدأ المجابهة
بالدليل ، أو حضورية الأدلة " - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

محمد عبد الخالق عمر :
النظام القضائى المدنى - الجزء الأول - المبادئ العامة - الطبعة
الاولى - ١٩٧٦ ، الطبعة الثانية - ١٩٧٨ - دار النهضة لعربية بالقاهرة .
مبادئ التنفيذ - الطبعة الأولى ، والطبعة الرابعة .

محمد عبد الرحيم عنبر :
قانون المرافعات المصرى الجديد رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - القاهرة
- ١٩٨٧ .

محمد ، وعبد الوهاب العشماوى :
قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن -
الجزء الأول - ١٩٥٧ - مطبعة الآداب بالقاهرة .

محمد كامل مرسى :
شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماة - ١٩٤٩ - المطبعة
العالمية بالقاهرة .

محمد كمال أبو الخير :
قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم
- الطبعة الرابعة - ١٩٨٥ - الناشر محمد خليل بالقاهرة .

محمد كمال عبد العزيز :

تقنين المرافعات في ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثانية -

١٩٧٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة ، الجزء الأول - الدعوى ، الأحكام ، وطرق
الطعن - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - دار الطباعة الحديثة بالقاهرة .

محمد محمود إبراهيم ، مصطفى كيرة :

أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى -

١٩٨٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

محمد نور شحاته :

الوجيز فى قانون القضاء المدنى ، والتجارى - الجزء الأول - النظام

القضائى - بدون سنة نشر - بدون دار نشر .

مبادئ قانون القضاء المدنى ، والتجارى - ١٩٨٩ .

محمود السقا :

تاريخ القانون المصرى - الطبعة الأولى - ١٩٧٠ - مكتبة القاهرة العربية .

فلسفة ، وتاريخ النظم القانونية ، والإجتماعية - ١٩٧٥ - بدون دار نشر .

محمود محمد إبراهيم :

أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى - ١٩٩٤ - دار

الفكر العربى بالقاهرة .

محمود محمد هاشم :

القواعد العامة للتنفيذ القضائى - ١٩٨٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة

قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - دراسة فى نظام القضاء ،

وإجراءات التقاضى فى قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٨١ ، الطبعة الثانية -

١٩٨٩ ، الطبعة الثالثة - ١٩٩١ - دار التوفيق للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

النظرية العامة للتنفيذ القضائى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية

- ١٩٨٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

إجراءات التقاضى ، والتنفيذ - الطبعة الأولى - سنة ١٩٨٩ - الناشر
عمادة شئون المكتبات - جامعة الملك سعود .
قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعات - الطبعة
الثانية - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

معوض عيد التواب :

المرجع فى التعليق على قانون المرافعات - التعليق على نصوص
قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، حسب آخر التعديلات ، وحتى القانون رقم (١٨)
لسنة ١٩٩٩ - الطبعة الأولى - مزودة ، ومنقحة - سنة ٢٠٠٠ .

نبيل إسماعيل عمر :

المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨١ - منشأة
المعارف بالأسكندرية .
أصول المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ -
منشأة المعارف بالأسكندرية .
أصول المرافعات الشرعية ، وعلم القضاء فى المملكة العربية السعودية
- ١٩٩٣ - منشأة المعارف بالأسكندرية .
قانون المرافعات المدنية والتجارية - نظرية الدعوى ، الاختصاص ،
الخصومة ، الحكم ، وطرق الطعن ، مع تعديلاته حتى ١٩٩٩
- ١٩٩٤ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية .
الوسيط فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٩ - دار الجامعة
الجديدة للنشر بالأسكندرية .

نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل :

قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٧ .

وجدى راغب فهمى :

النظرية العامة للتنفيذ القضائى - الطبعة الأولى - ١٩٧٨ - دار الفكر
العربى بالقاهرة .

مبادئ القضاء المدني " قانون المرافعات " - الطبعة الأولى - ١٩٨٧
 - دار الفكر العربى بالقاهرة .
 التنفيذ القضائى وفقا لأحدث التعديلات التشريعية فى قانون المرافعات
 المدنية ، والتجارية - ١٩٩٥ - بدون دار نشر .

وجدى راغب فهمى ، أحمد ماهر زغلول :
 دروس فى المرافعات ، وفقا لمجموعة
 المرافعات المدنية ، والتجارية ، وتعديلاتها المستحدثة - الجزء الثانى - قواعد مباشرة
 النشاط القضائى - مبادئ الخصومة المدنية - ١٩٩٦ - دار أبو المجد للطباعة ، والنشر
 بالقاهرة .

٢ - المؤلفات الخاصة

إبراهيم الشهاوى :
 الحسبة فى الإسلام .
 إبراهيم دسوقي :
 الحسبة فى الإسلام - القاهرة - سنة ١٩٦٢ .
 إين تيمية :
 الحسبة فى الإسلام ، أو وظيفة الحكومة الإسلامية - تحقيق الشيخ إبراهيم
 رمضان - دار الفكر اللبنانى - بيروت - الطبعة الأولى - ١٩٩٢ .
 أبو اليزيد على المتيت :
 الأصول العلمية ، والعملية لإجراءات التقاضى - المكتب الجامعى
 الحديث - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ .
 أبو عبد الله محمد السقطى :
 فى آداب الحسبة - ١٩٣١ م - باريس .

أحمد أبو الوفا :

التعليق على نصوص قانون الإثبات - الطبعة الثانية - ١٩٨٠ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالإسكندرية .
نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - الطبعة الرابعة - ١٩٨٠ - منشأة المعارف بالإسكندرية .
نظرية الدفع فى قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ ، الطبعة الثانية - ١٩٨٨ - الطبعة التاسعة - ١٩٩١ - منشأة المعارف بالإسكندرية .

أحمد ماهر زغلول :

أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .
مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، أو النظام الخاص للمراجعة *
تصحيح الأحكام ، تفسيرها ، إكمالها * - دراسات فى نظم مراجعة الأحكام - الطبعة الأولى - ١٩٩٣ .

أحمد نصر الجندى :

الولاية على المال - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - القاهرة الحديثة للطباعة

أنثم أمين الخولى :

العقود المدنية - الطبعة الأولى - ١٩٥٧ - مطبعة نهضة مصر بالقاهرة
العقود المدنية " الصلح ، الهبة ، الوكالة " - الطبعة الثالثة - ١٩٨٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أمينة مصطفى النمر :

مناط الإختصاص ، والحكم فى الدعاوى المستعجلة - الطبعة الأولى - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالإسكندرية .

توفيق حسن فرج :

الوجيز فى أحكام الأحوال الشخصية - ١٩٨٢ - مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية .

ثروت حبيب :

دروس في قانون التجارة الدولية - ١٩٧٥ - دار الفكر العربي بالقاهرة .

جمال مرسى بدر :

النيابة في التصرفات القانونية - ١٩٨٠ - الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاهرة .

حسن الليدي :

دعاوى الحسبة - ١٩٨٣ .

حسن فهمي :

الحسبة في الإسلام - دراسة مقارنة بالأنظمة المشابهة في التشريع الوضعي ،
مقالة مقدمة لأسبوع الفقه الإسلامي ، ومهرجان الإمام ابن تيمية بدمشق - طبعة المجلس
الأعلى للفنون - سنة ١٩٦١ .

خميس خضر :

العقود المدنية الكبيرة - - الطبعة الأولى - ١٩٧٦ ، الطبعة الثانية -
١٩٨٤ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٦ - دار النهضة الغربية بالقاهرة .

سيف النصر سليمان محمد :

مرجع القاضى ، والمتقاضى فى القضاء المستعجل - ١٩٩١ - المكتبة القانونية
بالأسكندرية .

صلاح أحمد عبد الصادق أحمد :

نظرية الخصم المعارض فى قانون المرافعات ، دراسة تأصيلية
لاتساع نطاق الخصومة من حيث أطرافها ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون
، مقدمة لكلية الحقوق ، جامعة عين شمس .

عاشور مبروك :

- النظام القانونى لمساعدة غير القادرين على دفع المصروفات القضائية - دراسة تأصيلية مقارنة - الجلاء الجديدة بالمنصورة - ١٩٨٧ .
- النظام القانونى لمثول الخصوم أمام القضاء المدنى " الحضور والغياب " - دراسة تحليلية مقارنة - الطبعة الأولى - ١٩٨٨ - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة .

عبد الباسط جيمعى :

- مبادئ الخصومة - سنة ١٩٨٠ .

عبد الحكيم فودة :

- البطلان فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٩٣ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية .

عبد الحميد الشواربى :

- الإخلال بحق النفع فى ضوء الفقه ، والقضاء - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالأسكندرية .
- البطلان المدنى " الإجرائى ، والموضوعى " - ١٩٩٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .
- الدفع المدنية " الإجرائية ، والموضوعية " - منشأة المعارف بالأسكندرية - ١٩٩٤ .

عبد الرحمن بن نصر الشيزرى :

- نهاية الرتبة فى طلب الحسبة - سنة ١٩٤٦ م - طبع مطبعة لجنة التأليف ، والترجمة ، والنشر بالقاهرة .

عبد الرزاق أحمد السنهورى :

- الوسيط - الطبعة الأولى - الجزء الأول .

عبد العزيز بديوى :

- بحوث فى قواعد المرافعات ، والقضاء فى الإسلام - دار الفكر العربى بالقاهرة - ١٩٧٨ .

عبد العزيز فهمى باشا :

قواعد ، وآثار فقهية رومانية منقولة إلى العربية - كلية الحقوق - جامعة
فؤاد الأول - القاهرة - سنة ١٩٤٧ .

عبد الفتاح عبد الباقي :

نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار
النهضة العربية بالقاهرة .
نظرية الحق - الطبعة الثانية - مكتبة جامعة القاهرة .

عبد القادر عودة :

التشريع الجنائى الإسلامى - الجزء الأول - الطبعة الثالثة .

عبد الكريم زيدان :

أصول الدعوى - ط ٣ - ١٩٧٥ - دار البيان بالقاهرة .

عبد المنعم البدرأوى :

تاريخ القانون الرومانى - الطبعة الأولى - ١٩٤٩ .

عبد المنعم الشرقاوى :

التعديلات التشريعية فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية -
١٩٥٤ - مطبعة جامعة القاهرة .

عبد المنعم حسنى :

طرق الطعن فى الأحكام المدنية ، والتجارية - الجزء الأول الطبعة
الثانية - ١٩٨٣ .

عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز :

التعليق على نصوص قانون الإثبات - الطبعة الثالثة -
١٩٨٤ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة .

التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثانية

- ١٩٨٥ ، الطبعة الرابعة - ١٩٨٧ - طبعة نادى القضاء بالقاهرة ، الطبعة الثامنة - ١٩٩٤ - الجزء الأول - الجزء الثانى - مركز الدلتا للطباعة بالإسكندرية .

عزى عبد الفتاح :

أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى - دراسة تأصيلية متعمقة ، ومقارنة للإصطلاح الشائع سبب الدعوى - ١٩٩١ - دار النهضة العربية بالقاهرة .
واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة ، باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع - ١٩٩٣/١٩٩٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

على الخفيف :

موسوعة الفقه الإسلامى - مادة احتساب .
أسبوع الفقه الإسلامى ، ومهرجان ابن تيمية .
الحسبة - أسبوع الفقه الإسلامى .
النيابة عن الغير فى التصرف .

على حسب الله :

الولاية العامة ، والتعامل بالدين فى الشريعة الإسلامية - محاضرات لطلبة قسم البحوث ، والدراسات القانونية بمعهد البحوث والدراسات العربية - سنة ١٩٦٧ .

على حسن فهمى :

الحسبة فى الإسلام - أسبوع الفقه الإسلامى ، ومهرجان الإمام ابن تيمية .

على على منصور :

الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العام - الطبعة الأولى - ١٩٦٢ .

عيد محمد القصاص :

إلتزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - دراسة تحليلية مقارنة فى قانون المرافعات المصرى ، والفرنسى - ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد أحمد عابدين :

الدعوى المدنية فى مرحلتها الابتدائية ، والإستئنافية - ١٩٩٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

محمد السعيد رشدى :

أعمال التصرف ، وأعمال الإدارة فى القانون الخاص - الطبعة الأولى - ١٩٨٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد المنجى :

طبيعة قرارات النيابة العامة فى منازعات الحيازة .

محمد حامد فهمى :

النقض فى المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٣٧ .

محمد زكى أبو عامر :

شائبة الخطأ فى الحكم القضائى - ١٩٨٨ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية

محمد سعد الدين الشريف :

الولاية على مال القاصر - الطبعة الأولى - ١٩٤١ - مكتبة الآداب بالقاهرة .

محمد شتا أبو سعد :

قانون المحاماه رقم (١٧) لسنة ١٩٨٣ - المعدل بالقانون المصرى رقم (٩٨) لسنة ١٩٩٢ - نصوص معلق عليها بأحكام القضاء ، وأهم آراء الفقهاء - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية .

محمد عبد الجواد :

بحوث فى الشريعة الإسلامية ، والقانون - المجموعة الثالثة - جامعة القاهرة - الكتاب الجامعى - ١٩٧٧ .

محمد عبد السلام مخلص :

نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء - سنة ١٩٨١ .

محمد عبد اللطيف :

القضاء المستعجل - الطبعة الرابعة - ١٩٧٧ - دار النهضة العربية
بالقاهرة .

محمد علي راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب :

قضاء الأمور المستعجلة
- الجزء الأول - الطبعة السادسة - ١٩٨٥ - عالم الكتب بالقاهرة .

محمد علي رشدي :

قاضي الأمور المستعجلة - ١٩٣٩ .
الجديد في القضاء المستعجل - الطبعة الثانية - ١٩٨٢ .

محمد علي عرفة :

أهم العقود المدنية - الكتاب الأول - العقود الصغيرة - ١٩٤٥ - مكتبة
عبد الله وهبة بالقاهرة .

محمد علي عمران :

الوجيز في شرح عقدي البيع ، والتأمين - الجزء الأول - دار النهضة
العربية بالقاهرة .

محمد كامل مرسى :

شرح القانون المدني الجديد - العقود المسماة - ١٩٤٩ - المطبعة العالمية
بالقاهرة .

العقود المسماة - ١٩٥٢ - الجزء الأول .

محمد كمال حمدي :

القاضي في الولاية على المال - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ - منشأة
المعارف بالإسكندرية .

الولاية على المال - الطبعة الثانية - ١٩٨٧ - منشأة المعارف
بالأسكندرية .

محمد محمود إبراهيم :

النظرية العامة للطلبات المعارضة - الدعاوى الفرعية فى قانون
المرافعات على ضوء المنهج القضائى - ١٩٨٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة .
أصول صحف الدعاوى على ضوء آخر أحكام النقض ، وقانون الشهر
المقارئ أمام محكمة أول درجة ، والإستئناف - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

محمد نور عبد الهادى شحاته :

إستقلال القضاء من وجهة النظر الدولية ، والعربية ، والإسلامية - دار
النهضة العربية بالقاهرة - ١٩٨٧ .

محمود جمال الدين زكى :

العقود المسماة - الطبعة الأولى - ١٩٦٠ - مطابع دار الكتاب
العربى بمصر .

محمود محمد هاشم :

إستنفاد ولاية القاضى المدنى فى قانون القضاء المدنى - طبعة سنة
١٩٨٠ / ١٩٧٩ .

مصطفى عبد الحميد عدوى :

الوجيز فى عقد الوكالة فى القانونين المصرى ، والأمريكى - ١٩٩٧ -
مطبعة حمادة بقويسنا - المنوفية .

مصطفى كيرة :

النقض المدنى - ١٩٩٢ .

مصطفى مجدى هرجة :

الجديد فى القضاء المستعجل - الطبعة الثانية - ١٩٧٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .
 أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ ، ١٩٩١/١٩٩٢ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .
 الموجز فى الأوامر على عرائض ، ومنازعاتها التنفيذية .
 الأوراق القضائية فى ضوء الفقه ، والقضاء - ١٩٩٤ - دار الفكر ، والقانون بالمنصورة .

معوض عبد التواب :

شرح قانون المحاماه الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٨٣ - ١٩٨٣ - منشأة المعارف بالأسكندرية .
 الوسيط فى قضاء الأمور المستعجلة - ١٩٨٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية .
 المرجع فى التعليق على قانون المرافعات - التعليق على نصوص قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، حسب آخر التعديلات ، وحتى القانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩ - الطبعة الأولى - مزينة ، ومنقحة - سنة ٢٠٠٠

نبيل إسماعيل عمر :

المنظريه العامة للطعن بالنقض فى المواد المدنية ، والتجارية - منشأة المعارف بالأسكندرية - ١٩٨٠ .
 الدفع بعدم القبول ، ونظامه القانونى فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .
 الأوامر على عرائض ، ونظامها القانونى .
 الهدر الإجرائى ، واقتصايات الإجراء - دراسة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٩٩ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية
 التكامل الوظيفى للأعمال الإجرائية ، والإجراءات الموازية - دراسة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ٢٠٠١ ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية .

وجدى راغب فهمى :

مبادئ الخصومة المدنية - بدون سنة نشر - دار الفكر العربى
بالقاهرة .

يس محمد يحيى :

عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية ، والقانون الوضعى - دراسة مقارنة
- ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

٣ - الرسائل العلمية

إبراهيم أمين النيفيلوى :

مسئولية الخصم عن الإجراءات - دراسة مقارنة فى قانون المرافعات -
الطبعة الأولى - ١٩٩١ - ومنشورة سنة ١٩٩٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد حشيش :

الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة
الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - سنة ١٩٨٦ .

أحمد محمد مليجى موسى :

تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة
مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة
١٩٧٩ .

أحمد نشأت :

الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه
فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٨ .

الأنصارى حسن النيدانى :

مبدأ وحدة الخصومة ، ونطاقه فى قانون المرافعات المصرى ،
والفرنسى - رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة
المنوفية - سنة ١٩٩٦ .

السيد عبد العال تلمم :

النظرية العامة لارتباط الدعاوى المدنية - ١٩٩١ - دار النهضة
العربية بالقاهرة .

القطب محمد طهية :

العمل القضائى فى القانون المقارن ، والجهات الإدارية ذات
الاختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق -
جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٥ ، ومطبوعة سنة ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أمينة مصطفى النمر :

مناطق الاختصاص ، والحكم فى الدعاوى المستعجلة - رسالة مقدمة لنيل
درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - ١٩٦٧ .

بدرخان عبد الحكيم إبراهيم :

المعيار المميز للعمل القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية
الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٤ .

بشندى عبد العظيم أحمد :

حماية الغير فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة
الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩١ .

حسن الليدي :

الأوامر على عرائض في قانون المرافعات المصري - رسالة لنيل درجة
الدكتوراه في القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - - ١٩٧٨ .

عبد الحكيم عباس قرني عكاشة :

الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصري ،
والفرنسي - ١٩٩٥ - كلية حقوق بني سويف - بدون دار نشر

عبد العزيز بديوي :

الطعن بالنقض ، والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا - رسالة لنيل
درجة الدكتوراه في الحقوق - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٦٩ .

عبد العزيز عامر :

التعزير في الشريعة الإسلامية - رسالة - الطبعة الرابعة .

عبد المنعم الشرقاوي :

نظرية المصلحة في الدعوى - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ .

عبد الله محمد عبد الله :

الحسبة في الإسلام - رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق -
مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٧٤ .

عبد الوهاب العشماوي :

الإتهام الفردي - رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون .

على الشحات الحديدي :

دور الخبير الفني في الخصومة المدنية - رسالة مقدمة لنيل درجة
الدكتوراه في القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩١ .

فتحي والى :

نظرية البطلان في قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٥٨ ، ومطبوعة سنة ١٩٥٩ - الطبعة الأولى - منشأة المعارف بالإسكندرية .

وجدى راغب فهمى :

النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - ١٩٧٤
- دار الفكر العربى بالقاهرة .

٤- الأبحاث ، والمقالات

إسحق موسى الحسينى :

نظام الحسبة فى الإسلام - مقالة من المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية - مارس سنة ١٩٦٤ - ص ص ٣٣١ - ٣٤٩ .

أحمد فتحي سرور :

المركز القانونى للنزابة العامة - مجلة القضاء - السنة الأولى - العدد (٣) - ص ١٣٣ .

أحمد مسلم :

الإختصاص ، والموضوع فى قضاء الأمور المستعجلة - مقالة منشورة بمجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة - السنة (٣٠) - العدد الأول - مارس سنة ١٩٦٠ .

بدرت نوال محمد بدير :

الحسبة ، ومقارنتها بالقانون الوضعى - مقالة منشورة بمجلة المحاماه المصرية - السنة التاسعة ، والخمسون - ١٩٧٩ - العدد الأول - ص ٩٤ ومابعدا .

أركان الحسبة - مقالة منشورة بمجلة المحاماه المصرية - العددان الثالث ، والرابع - مارس / أبريل ١٩٩٩ - السنة السبعون - ص ص ٧٦ - ٨٧ .

جمال مرسى بدر :

التعليق على الأحكام - مجلة كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - السنة السابعة - ١٩٥٧/ ١٩٥٨ - للعددان الثالث ، والرابع - ص ١٨٥ ، ومابعدا .

حمدى عبد الرحمن أحمد :

الدعوى الوقائية - الرسالة المشار إليها - منشورة في مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - العدد الأول - السنة (١٤) ص ١٤ .

رؤوف عبيد :

دور المحامي في التحقيق ، والمحاكمة - دراسة قضائية - مقالة منشورة بمجلة مصر المعاصرة - السنة الواحدة ، والخمسين - العدد رقم (٣٠١) - سنة ١٩٦٠ - ص ١٨ ، ومابعدا .

سامى الحسينى :

ضمانات الدفاع - دراسة مقارنة - مجلة الحقوق ، والشرعية الكويتية - السنة الثانية - ١٩٧٨ - العدد الأول - ص ٢٥٢ .

سمير عبد السيد تناغوا :

إصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الإمتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء - مقالة منشورة بمجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - س (١٤) - ١٩٦٩ - العددان الثالث ، والرابع - ص ١٧٤ ومابعدا .

عبد الباسط جميعى :

الإستئناف المباشر لأوامر الأداء - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس - السنة الثالثة - يوليو - سنة ١٩٦١ - العدد الثانى - ص ٣٧٨ وما بعدها .
سلطة القاضى اللوائية - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٦٩ - العدد الثالث .

عزت حنورة :

التعليق على الجديد لبعض الأحكام المستحدثة في قانون المرافعات - مجلة
القضاة - السنة الخامسة ، والعشرون - العدد الثاني - يولية / ديسمبر - سنة ١٩٩٢ -
ص ٣٢٧ ، وما بعدها .

عزى عبد الفتاح :

واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة ، باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع -
مقالة منشورة بمجلة المحامى الكويتية - السنة العاشرة - الأعداد يوليو / أغسطس - سنة
١٩٨٧ - ص ٩ وما بعدها .

عزيز أنيس ميخائيل :

تعديلات جوهرية فى قانون المرافعات - مجلة هيئة قضايا الدولة - السنة
السادسة ، والثلاثون - يوليو / سبتمبر - سنة ١٩٩٢ - العدد الثالث - ص ٣ - ٢٨ .

عيد محمد القصاص :

الخلافة فى الصفة الإجرائية فى المواد المدنية ، والتجارية - مقالة
منشورة بمجلة هيئة قضايا الدولة - السنة الحادية ، والأربعون - العدد الأول - يناير /
مارس - سنة ١٩٩٧ - ص ١ - ٥٣ .

فتحى عبد الصبور :

أوامر الأداء - طبيعتها ، وطرق الطعن فيها - المجموعة الرسمية -
السنة (٦٠) - العدد الثالث - ص ١٩٩٩ وما بعدها .

فتحى والى :

قانون المرافعات المصرى فى مائة عام - مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها
كلية الحقوق - جامعة القاهرة - السنة الثالثة ، والأربعون - العدد الثانى - يونية سنة
١٩٧٣ - ص ٣٩٥ .

إختيار المحكمين فى القانون المصرى - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم
بالقاهرة - حول المشكلات الأساسية للتحكيم الدولى من منظور التطوير - يناير سنة
١٩٧٨ .

وجدى راغب فهمى :

نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات - مقالة منشورة
بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س
(١٥) - ١٩٧٣ - ع (١) - ص ٢٤٥ ومابعدها .
دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى - مقالة منشورة بمجلة
العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س
(١٨) - ١٩٧٦ - ع (١) - ص ٧١ ومابعدها .

٥- الدوريات ، ومجموعات الأحكام

التشريع ، والقضاء .

المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم الأهلية .

مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية " مجموعة النقض " .

مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض ، والإبرام " محمود أحمد عمر " .
مجموعة عمر " .

مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة النقض المصرية فى خمسين عام ، فى الفترة من
سنة ١٩٣١ ، حتى ١٩٨١ ، وملحق من سنة ١٩٨٢ ، حتى سنة ١٩٨٥ - أنور طلبه -
دار الثقافة بالأسكندرية .

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض المصرية فى الخمسة ، والعشرين عاما "
الجمعية العمومية - الدائرة المدنية " .

مجموعة المسببات القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات - يناير سنة
١٩٧٠ - يناير سنة ١٩٧٥ - السيد محمد خلف - الهيئة المصرية العامة للكتاب -
الطبعة الأولى - ١٩٨٢/١٩٨٣ .

مجموعة حسن الفكاهى لدى محكمة النقض - الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية - إصدار الدار العربية للموسوعات " حسن الفكاهى " - القاهرة - ديسمبر سنة ١٩٨١ - ملحق رقم (١) .

الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية فى مصر ، والدول العربية " مدنى ، جنائى ، دولى " - الطبعة الثانية - تقديم محمد زكى عبد المتعال - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية ، والدائرة المدنية فى خمس سنوات - فى الفترة من ١٩٨٠ - إلى ١٩٨٥ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - سنة ١٩٨٨ .

مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس .

مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية .

مجلة المحاماه المصرية - تصدرها نقابة المحامين بمصر .

مجلة إدارة قضايا الحكومة " هيئة قضايا الدولة حاليا " - يصدرها المكتب الفنى لهيئة قضايا الدولة .

مجلة الدراسات القانونية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة أسيوط .

مجلة روح القوانين - تصدرها كلية الحقوق - جامعة طنطا .

ثانيا : باللغة الفرنسية

1 – Ouvrages generaux.

AUBRY et RAU :

Cours de droit civil Francais . 6 ed . 1964

BERTIN :

Principes de droit international prive . Paris . 1920
. T . 1 .

M . BIOCHE :

Dictionnaire de procedure civile et
commerciale . T . 1 . Paris . 1867 .

CARBONNIER (J .) :

Droit civil . T . 1 . 11e ed . 1956 .

G . CORNU et FOYER :

Procedure civile . Paris . 1958 .

GARSONNET et CEZAR – BRU :

Traite theorique et
pratique de procedure civile et commerciale . T . V111 . 1904 .

GLASSON (E .) , TISSIER et MOREL :

Traite theorique et
pratique d'Orangisation Judiciaire de competence et de
procedure civile . Sirey . Paris . 3e ed . T . 5 . 1936 .

HAMEL (G .) et LAGARD (G .) :

Traite elementaire
de droit commercial . Dalloz . Paris . 1954 .

J . HERON : Droit judiciaire prive , 1991 , N . 756 , P . 118 .

JAPIOT :

Traite de procedure civile et commercial . 1930 .

JOSSERAND :

Cours de droit civil positif. T. 1. 1938. Paris. Sirey.

L. LACOSTE :
Cours elementaire de procedure civile et voies d'execution. 3e ed. Sirey. 1956.

LAURANT : Principes de droit civil Francais. 2e ed. T. 11 et T. 27. Paris. 1869 – 1978.

LEON – CAEN (C . H .) et RENAULT : Traite elementaire de droit commercial. L. G. D. J. Paris. 1921.

MOREL (R .) : Traite elementaire de procedure civile. 2e ed. Sirey. 1949.

PERROT ROGER : Institutions Judiciaires. 1983. Montchrestien. Paris.

PLANIOL et REPERT : Traite pratique de droit civile Francais. T. 1, 2e ed. 1952. 1957.

SOLUS (H .) et PERROT (R .) : Droit judiciaire prive. Paris. Sirey. 1961.

THALLER (E .) : Traite elementaire de droit commerecial. 5e ed. 1916. Paris.

VINCENT (J .) : Procedure civile. Dix – neuvieme edition. 1978. Dalloz. Paris.

VINCENT (J .) , GUINCHARD (S .) : Procedure civile. 28 e ed. Dalloz. 20e ed. 1981. 22e ed. 1991.

H. VIZIOZ : Etudes de procedure. ed. Biere. Bordeaux. 1956

2 – Ouvrages speciaux

ALEX WEILL , FRANCOIS TERRE : Droit civile. Les personnes. La famille. Les incapacites. 5e ed. 1983. Dalloz.

E . BLANC : Nouveau Code de procedure civile commente dans l'ordre des articles , Librairie du Journal de Notaires et Avocats , Paris , T . 2 , Art . 828 ;

P . CATALA , F . TERRE : Procedure civile et voies d'execution , presses Universitaires de France , Paris , 1976

CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre . 1925 . lois nouvelles . . 1 , P . 181 et s .

CEZAR – BRU , HEBRAUD , SEIGNOLLE et ODOUL : Traite des referes et des ordonnances sur requete , T . 1 : Les referes , ed . 1973 .

P . GOICHOT : Procedure civile , Fasc . 11 , les cours de droit , Paris , 1982 .

A . JAUFFRET : Manuel de procedure civile et voies d'execution , 12e ed . Paris , 1976 .

R . PERROT : Droit judiciaire prive , Fasc . 11 , les cours de Droit , Paris , 1981 .

SALAH – BEY : Les droits de la defense lies a la information en droit prive , travaux de la conference d'agregation sous la direction de Y . LOUSSOUARN et P . LAGARDE , L . G . D . J . Paris , 1978 .

3 – Les these

JOSEPH MONESTIER : Les moyens d'ordre public . These . Toulouse . 1965 .

MOHAMMED ABDEL RHALIK OMAR : La notion d'irrecevabilite en droit Judiciaire prive . These . Paris . 1987 .

P . JULIEN : Jugement par default ou repute contradictoire , Ency . Dalloz , Rep , Pr . Civ . 2e ed.

E . MICHELET : Jugement par défaut et opposition , défaut faut de comparaitre , defendeur unique , Juris – classeur . Pr . Civ . Fasc . 538 .

J . P . ROUSSE : Feu le prejudice au principal , G . P . 1972 , 2 , Doct . 539 ; La contestation serieuse , obstacle a la competence du juge des referes , G . P . 1974 , 2 . Doct . 835 ; Nature et finalite de la mesure de refere , G . P . 11 – 12 Mai 1977 .

R . PERROT : La competence du juge des referes , G . P . 1974 , 2 , Doct . 895 ; Travaux 12e Colloque , Inst . Et . Jud . Pau , Mai 1979 :

VASSEUR (M .) : Essai sur la presence d'une personne a une acte Juridique accompli par d'autres . R . T . D . Civ . 1949 , P . 173 et s .

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	(١)
تقسيم الدراسة	(٥)
الباب الأول :	
قاعدة : " لا تقبل الدعوى القضائية أمام القضاء إلا من صاحب الحق ، أو من ينوب عنه ، وهو مدرج الفقه ، والقضاء على التعبير عنه بشرط الصفة العادية ، والتي تثبت لمن يدعى لنفسه حقا ، أو مركزا قانونيا " .	(٦)
تمهيد ، وتقسيم .	(٦)
الفصل الأول :	
تعريف الدعوى القضائية .	(٩)
الفصل الثاني :	
شروط قبول الدعاوى القضائية .	(٢٣)
تمهيد ، وتقسيم .	(٢٣)
المبحث الأول :	
الشروط الإيجابية لقبول الدعوى القضائية .	(٢٧)
المبحث الثاني :	
الشروط السلبية العامة لوجود الحق فى الدعوى القضائية .	(٣١)
تمهيد ، وتقسيم .	(٣١)

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الأول :	
عدم سبق الفصل فى الدعوى القضائية .	(٣٣)
المطلب الثانى :	
عدم اكتمال مدة تقادم الدعوى القضائية .	(٣٦)
المطلب الثالث :	
عدم تحقق مايقضى على حق الدعوى القضائية .	(٣٧)
المطلب الرابع :	
ألا يكون هناك إتفاقا على التحكيم .	(٣٨)
المطلب الخامس :	
لاتتوافر المصلحة فى الدعوى القضائية	
إذا كان قد تم الصلح فيها .	(٦٠)
المبحث الثالث :	
المصلحة شرطا لقبول الدعوى القضائية .	(٦٢)
تمهيد ، وتقسيم .	(٦٣)
المطلب الأول :	
تحديد مفهوم المصلحة فى الدعوى القضائية " الخلاف	
فى تحديد مفهوم المصلحة فى الدعوى القضائية " .	(٦٧)
والمطلب الثانى :	
شروط المصلحة فى الدعوى القضائية - أوصافها	(٧٣)
تمهيد ، وتقسيم .	(٧٣)

رقم الصفحة

الموضوع

الفرع الأول :

الشرط الأول :

أن تكون الدعوى القضائية مستندة

إلى مصلحة قانونية " الإدعاء بحق " . (٧٦)

تمهيد ، وتقسيم . (٧٦)

الفصل الأول :

لاتقبل الدعوى القضائية إلا إذا كانت ترمى إلى حماية حق ، أو مركز قانوني ، ولايهم بعد ذلك أن تكون المصلحة مادية ، أو معنوية . (٧٨)

الفصل الثاني :

لايعتد بالمصلحة غير المشروعة ، والتي تخالف النظام العام ، أو الآداب ، إذ تعتبر مصلحة غير قانونية . (٨٥)

الفصل الثالث :

أمثلة على المصلحة غير القانونية ، والتي لاتحظى بحماية القانون ، لقبول الدعوى القضائية . (٨٦)

الفصل الرابع :

لاتكفى مجرد المصلحة الاقتصادية البحتة - والتي لاتحظى بحماية القانون - لقبول الدعوى القضائية ، كما لاتكفى المصلحة النظرية . (٩٢)

الفصل الخامس :

أمثلة على المصالح الاقتصادية البحتة - والتي لاتحظى بحماية القانون - والتي لاتكفى لقبول الدعوى القضائية . (٩٣)

والفصل السادس :

إجازة بعض الدعاوى القضائية ، دون أن تستند

الموضوع رقم الصفحة

إلى حق ، أو دون أن تستند إلى حقوق بالمعنى الدقيق . (٩٥)

الفرع الثاني :

الشرط الثاني :

أن تكون مصلحة شخصية ، ومباشرة

" الصفة ، أو الجانب الشخصي في الدعوى القضائية " . (٩٦)

تمهيد ، وتقسيم . (٩٦)

الفصل الأول :

في تحديد معنى الصفة في الدعوى القضائية

" إختلاف الرأي في تحديد معنى الصفة في الدعوى القضائية " . (١٠٤)

الفصل الثاني :

ذهب جانب من الفقه إلى أن الصفة تعتبر شرطاً قائماً بذاته من شروط قبول الدعوى

القضائية ، مستقلاً عن شرط المصلحة فيها . (١١٠)

والفصل الثالث :

الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية لانعدام الصفة - وعلى ماجرى به قضاء محكمة

النقض المصرية - لاثبات له بالنظام العام . (١١٣)

الفرع الثالث :

الشرط الثالث :

أن تكون الدعوى القضائية مستندة إلى مصلحة قائمة ، وحالة ، أو واقعية " وقوع إعتداء

على الحق المدعى ، أو المنازعة في المركز القانوني المدعى " ، أي أن هناك

مايبرر طلب الحماية القضائية . (١١٤)

الموضوع رقم الصفحة

الفرع الرابع :

فى الحالات التى يكون فيها الإعتداء على الحق غير مؤكد ، وإنما كان مجرد احتمال ، فهل يجوز عندئذ رفع الدعوى القضائية ، نقاديا لوقوع الإعتداء فى المستقبل ؟ .

(١١٩)

المبحث الرابع :

وقت تقدير توافر شروط الحق فى الدعوى القضائية .

(١٣٠)

تمهيد ، وتقسيم .

(١٣٠)

المطلب الأول :

الاتجاه القائل بأنه يقدر قيام المصلحة بتاريخ تقديم الطلب القضائى أمام القضاء .

(١٣١)

والمطلب الثانى :

الاتجاه القائل بأنه لا يكتفى تحقق المصلحة وقت رفع الدعوى القضائية ، بل يلزم إستمرارها حتى صدور الحكم القضائى فيها ، وإلا حكم بعدم قبولها .

(١٣٤)

المبحث الخامس :

إشتراط المصلحة ليس فقط لادعاء المدعى ، وإنما لدفاع المدعى عليه أيضا ، ولطلب التدخل المقدم من الغير فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها ، كما تشترط لاستعمال طرق الطعن فى أحكام القضاء ، وبالنسبة لأى إجراء آخر من إجراءات الدعوى القضائية .

(١٣٧)

المبحث السادس :

لا يعنى إشتراط توافر مصلحة معينة للمدعى ، لكى تقبل دعواه القضائية ، أن الحكم القضائى الذى يصدر فيها لابد أن يحقق له هذه المصلحة " لالتزام بين قبول الدعوى القضائية ، ونتيجة الفصل فيها " .

(١٤٥)

رقم الصفحة

الموضوع

المبحث السابع :

إختلاف الفقه ، وأحكام القضاء فى ظل قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ حول ماإذا كانت المصلحة فى الدعوى القضائية بمقوماتها - بما فيها الصفة - من النظام العام ، أم لا ؟ . (١٥٠)

تمهيد ، وتقسيم . (١٥٠)

المطلب الأول :

الإتجاه القائل بأن المصلحة فى الدعوى القضائية بمقوماتها - بما فيها الصفة - تتعلق بالنظام العام . (١٥١)

والمطلب الثانى :

الإتجاه القائل بأن المصلحة فى الدعوى القضائية بمقوماتها - بما فيها الصفة - ليست متعلقة بالنظام العام ، والذى أخذت محكمة النقض المصرية به ، واستقرت فى أحكامها على ذلك . (١٥٢)

المبحث الثامن :

مدى اعتبار المصلحة فى الدعوى القضائية من النظام العام ، بعد التدخل التشريعى بالقانون الوضعى المصرى رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ . (١٥٤)

والمبحث التاسع :

أمثلة للدعاوى القضائية التى تنعدم فيها المصلحة . (١٥٧)

الباب الثانى :

الإستثناءات الواردة على قاعدة : " لاتقبل الدعوى القضائية أمام القضاء إلا من صاحب الحق ، أو من ينوب عنه ، وهو مانرج الفقه ، والقضاء على التعبير عنه بشرط الصفة العادية ، والتى تثبت لمن يدعى لنفسه حقاً ، أو مركزاً قانونياً " قبول بعض الدعاوى القضائية من شخص ، أو هيئة باسمه - فى حالات محددة - دون أن يكون رافعها هو صاحب الحق المعتدى عليه ، أى بالرغم من أنه لايطالب بحق

الموضوع	رقم الصفحة
لنفسه ، وإنما لغيره ، دون أن يكون ممثلاً قانونياً له " الصفة غير العادية " الصفة الإستثنائية " " الحلول الإجرائية " - حسب تعبير الفقه الإيطالي - فى رفع الدعوى القضائية .	(١٦٤)
تمهيد ، وتقسيم .	(١٦٤)
الفصل الأول :	
الإستثناء الأول :	
الإعتراف للدائن بالحق فى استعمال حقوق مدينه ، بما فيها رفع الدعاوى القضائية ، للمطالبة بحقوقه لدى الغير ، متى توافرت شروطاً معينة " الدعوى غير المباشرة "	(١٧٢)
تمهيد ، وتقسيم .	(١٧٢)
المبحث الأول :	
فكرة الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين ، وأساسها .	(١٧٥)
تمهيد ، وتقسيم .	(١٧٥)
المطلب الأول :	
فكرة الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين .	(١٧٦)
والمطلب الثانى :	
أساس فكرة الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين .	(١٧٩)
المبحث الثانى :	
تعريف الدعوى غير المباشرة وبيان طبيعتها .	(١٨٠)

رقم الصفحة	الموضوع
(١٨٠)	تقسيم .
	المطلب الأول :
(١٨١)	تعريف الدعوى غير المباشرة .
	والمطلب الثالث :
(١٨٤)	طبيعة الدعوى غير المباشرة .
	المبحث الثالث :
(١٨٥)	نطاق الدعوى غير المباشرة .
(١٨٥)	تقسيم .
	المطلب الأول :
(١٨٦)	الحقوق ، والدعاوى التى يجوز للدائن إستعمالها باسم المدين .
	المطلب الثانى :
(١٨٨)	الحقوق ، والدعاوى التى لايجوز للدائن إستعمالها باسم المدين .
(١٨٨)	تقسيم .
	الفرع الأول :
	أولا :
(١٨٩)	الحقوق غير المالية .

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الثاني :	
ثانيا :	
الحقوق التي تتعلق بشخصية المدين ، سمعته ، واعتباره .	(١٩٠)
الفرع الثالث :	
ثالثا :	
الحقوق المالية التي تمس حياة المدين الأدبية .	(١٩١)
والفرع الخامس :	
خامسا :	
الحقوق غير القابلة للحجز .	(١٩٣)
المبحث الرابع :	
شروط الدعوى غير المباشرة .	(١٩٤)
تقسيم .	(١٩٤)
المطلب الأول :	
أولا :	
الشروط المتعلقة بالمدين .	(١٩٥)
تقسيم .	(١٩٥)
الفرع الأول :	
الشرط الأول :	
تقصير المدين .	(١٩٦)

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الثاني :	
الشرط الثاني :	
الإعسار .	(١٩٨)
والفرع الثالث :	
الشرط الثالث :	
إدخال المدين خصما في الدعوى القضائية .	(٢٠١)
المطلب الثاني :	
ثانيا :	
الشروط المتعلقة بالدائن .	(٢٠٣)
تقسيم .	(٢٠٣)
الفرع الأول :	
أولا :	
الشروط الموضوعية .	(٢٠٤)
والفرع الثاني :	
ثانيا :	
الشروط الإجرائية .	(٢٠٦)
المبحث الخامس :	
آثار الدعوى غير المباشرة .	(٢٠٧)
تقسيم .	(٢٠٧)
المطلب الأول :	
أولا :	
في علاقة الدائن بالخصم " مدين المدين " .	(٢٠٨)

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثاني :	
ثانيا :	
في علاقة المدين بالخصم .	(٢٠٩)
والمطلب الثالث :	
ثالثا :	
في علاقة الدائن بسائر الدائنين .	(٢١٠)
المبحث السادس :	
الفارق بين الدعوى غير المباشرة ، والدعوى المباشرة .	(٢١٢)
تقسيم .	(٢١٢)
المطلب الأول :	
التعريف بالدعوى المباشرة ، خصائصها ، وطبيعتها .	(٢١٣)
تقسيم .	(٢١٣)
الفرع الأول :	
التعريف بالدعوى المباشرة .	(٢١٤)
الفرع الثاني :	
خصائص الدعوى المباشرة .	(٢١٥)
والفرع الثالث :	
طبيعة الدعوى المباشرة .	(٢١٧)
والمطلب الثاني :	
أنواع الدعوى المباشرة .	(٢١٩)

الموضوع	رقم الصفحة
تقسيم .	(٢١٩)
الفرع الأول :	
النوع الأول :	
الدعوى المباشرة التامة " الكاملة " .	(٢٢٠)
الفرع الثاني :	
والنوع الثاني :	
الدعوى المباشرة القاصرة " الناقصة " .	(٢٢١)
الفرع الثالث :	
الدعوى القضائية المباشرة للمؤجر	
ضد المستأجر من الباطن .	(٢٢٢)
الفرع الرابع :	
الدعوى القضائية المباشرة للمضروب قبل المؤمن .	(٢٢٤)
والفرع الخامس :	
الدعوى القضائية المباشرة لعمال المقاول	
، وللمقاولين من الباطن ضد رب العمل .	(٢٢٧)
الفصل الثاني :	
الإستثناء الثاني :	
الدعاوى القضائية التي ترفعها النيابة العامة - باعتبارها ممثلة للمصالح العام ، وأمانة على مصلحة القانون - في المواد المدنية ، والتجارية ، ومواد الأحوال الشخصية ، دفاعا عن المصالح العامة للمجتمع ، وحفاظا على النظام العام ، والآداب العامة ، في أحوال إستثنائية ، ودورها في حماية المصالح العامة ، أو سلطات النيابة العامة فسي التقاضى " الصفة في الدعوى القضائية دفاعا عن مصلحة عامة " .	(٢٢٨)

الموضوع	رقم الصفحة
تمهيد ، وتقسيم .	(٢٢٨)
المبحث الأول :	
تنظيم النيابة العامة .	(٢٣٠)
المبحث الثاني :	
الخصائص الأساسية للنيابة العامة .	(٢٣٢)
تقسيم .	(٢٣٢)
المطلب الأول :	
الخصيصة الأولى :	
أعضاء النيابة العامة هم من عمال السلطة التنفيذية ، المكلفون بالدفاع عن مصلحة الجماعة ، والنظام العام ، والإشراف على تطبيق القوانين ، واحترام مبدأ المشروعية .	(٢٣٣)
المطلب الثاني :	
الخصيصة الثانية :	
تكون النيابة العامة وحدة لا تقبل التجزئة ، كل عضو من أعضائها هو ممثلاً لها .	(٢٣٤)
المطلب الثالث :	
الخصيصة الثالثة :	
يخضع أعضاء النيابة العامة لنظام من التبعية الرئاسية .	(٢٣٦)

رقم الصفحة

الموضوع

والمطلب الرابع :

الخصيصة الرابعة :

النيابة العامة هي كيان قائما

بذاته ، ومستقلا عن المحاكم .

(٢٣٨)

المبحث الثالث :

تعدد الاختصاصات التي يعهد بها القانون

الوضعي المصغرى إلى النيابة العامة .

(٢٤١)

تقسيم .

(٢٤١)

المطلب الأول :

الاختصاصات الإدارية للنيابة العامة .

(٢٤٢)

والمطلب الثاني :

الاختصاصات القضائية للنيابة العامة .

(٢٤٣)

المبحث الرابع :

سلطات النيابة العامة في التقاضي " الدور الأساسي للنيابة العامة هو في الدعوى

الجنائية - دورها في الخصومة القضائية المدنية هو دورا محدودا " . (٢٤٤)

(٢٤٤)

تقسيم .

المطلب الأول :

للنيابة العامة حق تحريك

ومباشرة الدعوى الجنائية .

(٢٤٥)

المطلب الثاني :

دور النيابة العامة في الخصومة المدنية .

(٢٤٧)

رقم الصفحة

الموضوع

(٢٤٧)

تقسيم .

الفرع الأول

الدعوى القضائية التى ترفعها النيابة العامة - بوصفها التالبة عن المجتمع ، والممثلة له - دفاعا عن المصالح العامة له ، وحفاظا على النظام العام ، والآداب العامة " النيابة العامة كطرف أصلى فى الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها " . (٢٤٩)

الفرع الثانى :

عندما ترفع النيابة العامة الدعوى القضائية المدنية لابتداء ، فإنها تريد أن تدافع عن مركز قانونى يوجب عليها القانون حمايته ، أو الإشتراك فى حمايته ، فتبادر إلى رفع الدعوى القضائية ، وتقف فيها موقف المدعى ، كلما وجدت الحاجة إلى حماية هذا المركز بواسطة القضاء . (٢٥١)

الفرع الثالث :

قد تكون النيابة العامة طرفا أصليا فى الخصومة القضائية المدنية ، دون أن تشغل مركز المدعى فيها . (٢٥٢)

الفرع الرابع :

أيا كان المركز الإجرائى الذى تشغله النيابة العامة فى الخصومة القضائية المدنية " مدع ، أو مدع عليه " ، فإنها تعد طرفا فى الخصومة القضائية المدنية ، تكون لها بهذه الصفة مآل للخصوم من حقوق ، ويقع عليها مايقع عليهم من واجبات ، وأعباء " المادة (٨٧) من قانون المرافعات المصرى " . (٢٥٣)

رقم الصفحة

الموضوع

الفرع الخامس :

قصر حق النيابة العامة في رفع الدعاوى القضائية المدنية على الحالات التي نص عليها القانون على سبيل الحصر

" المادة (٨٧) من قانون المرافعات المصري " . (٢٥٤)

الفرع السادس :

النيابة العامة كعضو متدخل في الخصومة القضائية

المدنية المنعقدة بين أطرافها ، أو بحسب الإصطلاح الشائع

باعتبارها طرفاً منضمماً . (٢٥٦)

تمهيد ، وتقسيم . (٢٥٧)

الفصل الأول :

تدخل النيابة العامة في خصومة قضائية مدنية منعقدة بالفعل بين أطرافها قد يكون

وجوبياً ، كما قد يكون جوازياً ، أو اختياريًا . (٢٥٩)

والفصل الثاني :

إجراءات تدخل النيابة العامة في الخصومة

القضائية المدنية المنعقدة بالفعل بين أطرافها ، وأحكامه . (٢٦٠)

المطلب الثالث :

الإعتراف للنيابة العامة بحق الطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية

المدنية ، والتي يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها . (٢٦٥)

تمهيد ، وتقسيم . (٢٦٥)

الفرع الأول :

حق النيابة العامة في الطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية المدنية

، والتي يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها ينحصر في الحالات التي حددها

رقم الصفحة

الموضوع

القانون على سبيل الحصر ، فلا يقبل طعن النيابة العامة فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية فى غير هذه الحالات . (٢٧٨)

الفرع الثانى :

إستعراض لبعض الحالات الى يجوز للنياية العامة الطعن فيها فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية ، والتى يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها ، وفقا للمادة (٩٦) من قانون المرافعات المصرى . (٢٧٩)

الفرع الثالث :

إذا مارست النيابة العامة حقها فى الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المدنية ، والتى يوجب القانون ، أو يجيز تدخلها فيها ، وطعنت فى الحكم القضائى الصادر فيها بالفعل ، فإنها تصير بذلك طرفا أصليا فى خصومة الطعن ، يكون لها مالم الخصوم من حقوق ، ويقع عليها ماعليهم من أعباء ، وواجبات . (٢٨٠)

الفرع الرابع :

حق النائب العام فى مصر فى الطعن بطريق النقض ، فى الأحكام القضائية الإنتهائية لمصلحة القانون " المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات المصرى " ، حتى ولو لم تكن النيابة العامة طرفا فى الدعاوى القضائية التى صدرت فيها تلك الأحكام . (٢٨١)

الفصل الثالث :

الإستثناء الثالث :

دعاوى الحسبة المنصوص عليها فى الشريعة الإسلامية الغراء ، والقانون الوضعى المصرى ، ودورها فى حماية المصالح العامة " الصفة فى الدعوى القضائية دفاعا عن مصلحة عامة " . (٢٨٥)

(٢٨٦)

تقسيم .

الموضوع	رقم الصفحة
المبحث الأول :	
تعريف دعوى الحسبة في الشريعة الإسلامية الفراء .	(٢٨٨)
تقسيم .	(٢٨٨)
المطلب الأول :	
معنى الحسبة في اللغة .	(٢٨٩)
والمطلب الثاني :	
معنى الحسبة في اصطلاح الفقهاء .	(٢٩٢)
المبحث الثاني :	
في الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر .	(٢٩٥)
المبحث الثالث :	
الهدف من دعاوى الحسبة " حكمة مشروعية الحسبة في الإسلام " .	(٣٠٩)
المبحث الرابع :	
دليل مشروعية الحسبة في الإسلام " أساس الحسبة في الشريعة الإسلامية الفراء " .	(٣١٣)
تقسيم .	(٣١٣)
المطلب الأول :	
دل على طلب الشرع الإسلامي الحنيف للحسبة القرآن الكريم .	(٣١٤)

الموضوع

رقم الصفحة

المطلب الثاني :

حضت على الحسبة السنة النبوية المطهرة ، وأمرت بها في العديد من الأحاديث النبوية الشريفة ، وأكدت أن ترك الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر يكون سببا لعقاب الله - سبحانه ، وتعالى - وعدم استجابته للدعاء . (٣١٧)

والمطلب الثالث :

إنقست كلمة المجتهدين من السلف ، والخلف على وجوب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، حسبة لله - سبحانه ، وتعالى - وإبتغاء مرضاته . (٣١٩)

المبحث الخامس :

الحسبة في الشريعة الإسلامية

الفراء من واجبات الكفاية . (٣٢٠)

المبحث السادس :

دعوى الحسبة ، وطبيعتها في القانون الروماني . (٣٢٣)

المبحث السابع :

طبيعة دعوى الحسبة في الشريعة الإسلامية الفراء

" الحسبة في الشريعة الإسلامية الفراء على سبيل الشهادة " . (٣٢٩)

المبحث الثامن :

مكانة الحسبة في الدين الإسلامي الحنيف . (٣٣٧)

المبحث التاسع :

الحقوق التي تقوم من أجلها الحسبة . (٣٥٨)

المبحث العاشر :

هل في نظامنا الحاضر مايقوم مقام الحسبة ؟ . (٣٦٧)

رقم الصفحة

الموضوع

المبحث الحادى عشر :

الخلاف الفقهي حول نطاق دعوى الحسبة قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية . (٣٦٨)

تمهيد ، وتقسيم . (٣٦٨)

المطلب الأول :

إتجاه جانب من الفقه قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية إلى القول بأن دعوى الحسبة لاداعى لها . (٣٧٠)

المطلب الثانى :

قصر جانب من الفقه قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية دعوى الحسبة التى تقام من الأفراد ، فى نطاق المعاملات المدنية ، على مسائل الأحوال الشخصية وحدها - دون مسائل المعاملات المالية . (٣٧١)

والمطلب الثالث :

قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية إتجه جانب من الفقه إلى إجازة دعوى الحسبة بصفة عامة فى كل المسائل ، وفى كافة المجالات . (٣٧٦)

المبحث الثانى عشر :

أمثلة لماتقبل فيه دعوى الحسبة . (٣٧٧)

رقم الصفحة

الموضوع

المبحث الثالث عشر :

دعوى الحسبة على ضوء القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية . (٣٨٥)

تمهيد ، وتقسيم . (٣٨٥)

المطلب الأول :

موقف القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية بشأن نطاق دعوى الحسبة . (٣٨٩)

المطلب الثانى :

فكرة عامة عن مسائل الأحوال

الشخصية Les stauts personnels . (٣٩٢)

تمهيد ، وتقسيم . (٣٨٩)

الفرع الأول :

أولا :

المحاولات القضائية فى تحديد

المقصود بالأحوال الشخصية . (٣٩٤)

والفرع الثانى :

ثانيا :

المحاولات التشريعية فى تحديد

المقصود بالأحوال الشخصية . (٣٩٥)

المطلب الثالث :

الإختصاص برفع دعوى الحسبة ، على ضوء القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية " النيابة العامة هى صاحبة الصفة فى رفع دعوى الحسبة " . (٣٩٧)

المطلب الرابع :

سلطات النيابة العامة إزاء دعوى الحسبة ، على ضوء القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية . (٤١٠)

والمطلب الخامس :

المحكمة المختصة بنظر دعوى الحسبة ، على ضوء القانون الوضعى المصرى رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعاوى الحسبة بشأن مسائل الأحوال الشخصية . (٤١٥)

الفصل الرابع :

الإستثناء الرابع :

دعاوى النقابات . (٤١٨)

تمهيد ، وتقسيم . (٤١٨)

المبحث الأول :

الصفة العادية " الإيجابية ، والسلبية " للنقابات فيما ترفعه من دعاوى قضائية ، للمطالبة بحقوقها الخاصة ، وفيما يرفع عليها منها ، وذلك للمطالبة بحقوقها الخاصة ، أو لتنفيذ التزاماتها " حق النقابة - باعتبارها شخصا معنويا له ذمة مالية - فى أن ترفع الدعاوى القضائية ، للمطالبة بحقوقها الخاصة ، طبقا للقواعد العامة " (٤٢٣)

المبحث الثانى :

الصفة غير العادية للنقابة " الصفة الإستثنائية " " الحلول الإجرائى " - حسب تعبير الفقه الإيطالى - فى رفع جميع الدعاوى القضائية الفردية باسمها ، للمطالبة بالحقوق الخاصة الذاتية للعمال المنضمين إليها ، بناء على عقد العمل المشترك ،

رقم الصفحة

الموضوع

والذى تكون طرفا فيه ، والتي تنشأ عن الإخلال بهذا العقد ، إذا أخل ذلك بمصلحة عضو من أعضائها ، دون حاجة إلى توكيل منه بذلك . (٤٢٤)

والمبحث الثالث :

صفة النقابة فى رفع الدعوى القضائية اللازمة لحماية مصالح العمال الجماعية " الدفاع عن المصالح المشتركة للمهنة التى تمثلها ، والتي قامت من أجلها " الصفة فى الدعوى القضائية دفاعا عن مصلحة جماعية " . (٤٢٨)

والفصل الخامس :

الإستثناء الخامس :

(٤٣٢)

دعاوى الجمعيات .

(٤٣٢)

تقسيم .

والمبحث الأول :

صفة الجمعية - باعتبارها شخصا معنويا له نمة مالية مستقلة - فى رفع الدعوى القضائية ، للمطالبة بحقوقها الخاصة ، طبقا للقواعد العامة . (٤٣٣)

والمبحث الثانى :

مدى إمكانية الإعراف للجمعيات بصفة فى الدعوى القضائية ، دفاعا عن المصالح المشتركة لأعضائها ، أو عن الهدف الذى تستهدفه ؟ . (٤٣٤)

(٤٤٠)

الخاتمة

(٤٤٤)

قائمة المراجع .

والحمد لله ، وكفى ، وسلام على عباده الذين اصطفى .

تم بعون الله ، وتوفيقه

المؤلف . . .

٢٠٠٢/١٥٧٥٦	رقم الإيداع
------------	-------------

I. S. B. N. الترقيم الدولي 977 - 327 - 305 - 7

